

# CONSULTA ONLINE

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO



2019

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

**Testata registrata presso il Tribunale di Genova**  
**Direzione e redazione: Via Balbi, 22 16126 Genova**  
**Info e contatti: [Pasquale.Costanzo@unige.it](mailto:Pasquale.Costanzo@unige.it)**

# **Consulta OnLine (periodico online) ISSN 1971-9892**

## **DIREZIONE**

**Pasquale Costanzo - Lara Trucco (vicedirettrice)**

## **COMITATO EDITORIALE**

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

Patrizia Magarò; Vincenzo Sciarabba; Francesca Bailo

## **COMITATO SCIENTIFICO**

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

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

Guido Alpa  
(Univ. di Roma La Sapienza)

Gaetano Azzariti  
(Univ. di Roma La Sapienza)

Sergio Bartole  
(Univ. di Trieste)

Roberto Bin  
(Univ. di Ferrara)

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

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

Paolo Caretti  
(Univ. di Firenze)

Lorenza Carllassare  
(Univ. di Padova)

Josep Maria Castella Andreu  
(Univ. Barcellona)

Augusto Cerri  
(Univ. di Roma La Sapienza)

Pasquale Costanzo  
(Univ. di Genova)

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

Giuseppe de Vergottini  
(Univ. di Bologna)

Thierry Di Manno  
(Univ. Tolone)

Mario Dogliani  
(Univ. di Torino)

Adriano Giovannelli  
(Università di Genova)

Riccardo Guastini  
(Università di Genova)

Peter Leyland  
(Univ. Soas, London)

Roberto Mastroianni  
(Univ. "Federico II" di Napoli)

Luca Mezzetti  
(Univ. di Bologna)

Franco Modugno  
(Univ. di Roma La Sapienza)

Valerio Onida  
(Univ. di Milano Statale)

Alessandro Pace  
(Univ. di Roma La Sapienza)

Otto Pfersmann  
(Ehess, Parigi Fr)

Cesare Pinelli  
(Univ. di Roma La Sapienza)

Giovanni Pitruzzella  
(Univ. di Palermo)

† Alessandro Pizzorusso  
(Univ. di Pisa)

Giuseppe Ugo Rescigno  
(Univ. di Roma La Sapienza)

Roberto Romboli  
(Univ. di Pisa)

Antonio Ruggeri  
(Univ. di Messina)

Carmela Salazar  
(Univ. Mediterr. di R. Calabria)

Fernando Facury Scaff  
(Univ. San Paolo)

Federico Sorrentino  
(Univ. di Roma La Sapienza)

Gina Vidal Marcilio Pompeu  
(Univ. Fortaleza)

Jacques Ziller  
(Univ. di Pavia)

## I COLLABORATORI DI QUESTO VOLUME

**ARGONDIZZO DOMENICO** – Consigliere parlamentare, Camera dei deputati

**BESOSTRI FELICE** - Avvocato cassazionista

**BRAMBILLA GIADA** – Dottoressa in Giurisprudenza

**BUONOMO GIAMPIERO** – Consigliere parlamentare – Senato della Repubblica

**CARNEVALE PAOLO** – Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Roma Tre

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

**COSTANZO PASQUALE** – Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Genova

**CUKANI ENTELA** – Assegnista di ricerca di Diritto pubblico comparato ed europeo nell'Università del Salento

**DI FRANCESCO TORREGROSSA MARCELLO** - Dottore di Ricerca – LUISS Roma

**DONA' FRANCESCA** - Dottoranda di ricerca in Diritto Costituzionale nell'Università di Padova

**FERRACUTI JACOPO** – Dottorando di ricerca in Diritto Costituzionale presso Università degli Studi di Roma Tre

**GALDI MARCO** - Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Salerno

**GOLIA GESSICA VERONICA** – Dottoressa in Giurisprudenza

**GROPPI TANIA** – Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Siena

**LANEVE GIUSEPPE** - Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Macerata

**LEVORATO CRISTINA** - Dottoressa in Giurisprudenza

**LO CALZO ANTONELLO** - Assegnista di ricerca nell'Università di Pisa

**LOTTA COSIMO** - Dottore in Giurisprudenza

**LUZZI CRISTINA** - Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Pisa

**MITCHELL JAMES** - School of Social and Political Science, Centre on Constitutional Change, University of Edinburgh

**MORELLI ALESSANDRO** – Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università Magna Graecia di Catanzaro

**MOSCHELLA GIOVANNI** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Messina

**NAPOLI CRISTINA** – Assegnista di ricerca presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

**PADULA CARLO** - Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Padova

**PASSAGLIA PAOLO** - Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Pisa

**POLLICINO ORESTE** – Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università Commerciale Bocconi di Milano

**RINALDI ELEONORA** - Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università La Sapienza di Roma

**RIZZA ALESSANDRO ROSARIO** - Dottore di ricerca in «Processi di armonizzazione del diritto tra storia e sistema» nell'Università di Teramo

**ROMBOLI ROBERTO** - Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Pisa

**RUGGERI ANTONIO** – Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Messina

**RUOTOLO MARCO** - Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Roma Tre

**SALAZAR CARMELA** – Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria

**SCHMIT HENRI** - Dottore in Giurisprudenza e culture di Diritto pubblico

**SCIARABBA VINCENZO** - Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università di Genova

**TALINI SILVIA** – Ricercatrice in Diritto costituzionale nell'Università di Roma Tre

**TARLI BARBIERI GIOVANNI** - Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Firenze

**TRUCCO LARA** Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università di Genova

**TULUMELLO GIOVANNI** Consigliere di Stato

**VARI FILIPPO** - Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università Europea di Roma

## INDICE

2019

### *Note di presentazione*

#### ANNIVERSARI

<b>1° giugno 1869 – 1° giugno 2019 - Un Savoia sul trono di Spagna</b>	<b>I</b>
<b>3 luglio 1869 – 3 luglio 2019 - “...una sola luminosa eccezione...” - La Costituzione della Repubblica romana del 1849</b>	<b>XII</b>
<b>11 agosto 1919 – Litt die Weimarer Republik an einem Geburtsfehler? [“La Costituzione di Weimar soffriva di un difetto di nascita?”]</b>	<b>XXVI</b>

#### *PARTE I*

##### STUDI

<b>ALESSANDRO MORELLI</b> <b>La “ribellione” dei sindaci contro il “decreto sicurezza”: la tortuosa via per la Corte costituzionale</b>	<b>1</b>
<b>HENRI SCHMIT</b> <b>La logica elettorale</b>	<b>6</b>
<b>LARA TRUCCO</b> <b>Audizione senatoriale in merito ai d.d.l. n. 881 su “Legge elettorale: per una determinazione dei collegi indipendente dal numero dei parlamentari” (Commissione Affari Costituzionali del Senato – giovedì 29 novembre 2018)</b>	<b>13</b>
<b>GIOVANNI TARLI BARBIERI</b> <b>Il sistema elettorale per l’elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all’Italia: problemi e prospettive dopo la sent. 239/2018 della Corte costituzionale</b>	<b>20</b>
<b>ANTONIO RUGGERI</b> <b>Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio</b>	<b>34</b>

<b>MARCELLO DI FRANCESCO TORREGROSSA</b> <b>La competenza statale nel processo di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b> <b>Il parlamentare e il suo riconoscimento quale “potere dello Stato” solo... virtuale o in astratto (nota minima a Corte cost. n. 17 del 2019)</b>	71
<b>ENTELEA CUKANI</b> <b>Il <i>right to ridicule a religion</i> in Gran Bretagna: espressione satirica e libertà di religione al tempo delle migrazioni</b>	76
<b>ANTONIO RUGGERI</b> <b>Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)</b>	92
<b>ANTONIO RUGGERI</b> <b>La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)</b>	113
<b>PASQUALE COSTANZO</b> <b>Brevi osservazioni sull’<i>amicus curiae</i> davanti alla Corte costituzionale italiana</b>	120
<b>TANIA GROPPI</b> <b>Interventi di terzi e <i>amici curiae</i>: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia</b>	123
<b>CARMELA SALAZAR</b> <b>Diritti e algoritmi: la <i>gig economy</i> e il “caso <i>Foodora</i>”, tra giudici e legislatore</b>	143
<b>ANTONIO RUGGERI</b> <b>I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l’oscillazione del pendolo</b>	157
<b>FRANCESCA DONA’</b> <b><i>Contemporary dynamics of sub-national governments and Courts: a challenging shared path</i></b>	183
<b>GIADA BRAMBILLA</b> <b>La bandiera italiana: tra unità e differenziazione</b>	203
<b>VINCENZO SCIARABBA</b> <b>Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell’avvocato</b>	211

	242
<b>ANTONIO RUGGERI</b> <b>Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)</b>	
<b>GIOVANNI MOSCHELLA</b> <b>Crisi della rappresentanza politica e deriva populista</b>	249
<b>ENTELEA CUKANI</b> <b>Soggetti vulnerabili e tutela dei diritti: il caso dei minori stranieri non accompagnati</b>	257
<b>ANTONIO RUGGERI</b> <b>Costituzione e formazioni sociali: modello ed esperienze a confronto (note minime, introduttive ad un dibattito)</b>	271
<b>ALFONSO CELOTTO</b> <b>Il doppio mandato degli Avvocati dinanzi alla Corte costituzionale</b>	282
<b>JACOPO FERRACUTI</b> <b>Polizia giudiziaria e autonomia della magistratura in un interessante conflitto tra poteri su atto legislativo. A margine di Corte cost., sent. 6 dicembre 2018, n. 229</b>	291
<b>ALESSANDRO ROSARIO RIZZA</b> <b>La Corte costituzionale, giudice e parte tra dottrina e proposte ricostruttive</b>	313
<b>COSIMO LOTTA</b> <b>Prime osservazioni sul rapporto tra il reato di “Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti” e le libertà di corrispondenza e di manifestazione del pensiero</b>	330
<b>CRISTINA LUZZI</b> <b>Il “caso Ilva” nel dialogo tra le Corti (osservazioni a margine della sentenza Cordella e altri c. Italia della Corte EDU)</b>	336
<b>ANTONIO RUGGERI</b> <b>Appunti per uno studio su memoria e Costituzione</b>	345
<b>ALESSANDRO MORELLI</b> <b>Il principio personalista nell’era dei populismi</b>	359
<b>PAOLO CARNEVALE</b> <b>Incappare in...<i>Cappato</i>. Considerazioni di tecnica decisoria sull’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale</b>	370
<b>CARLO PADULA</b> <b>Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza</b>	377

<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>385</b>
<b>La crisi del I Governo Conte e la rivincita della democrazia rappresentativa sulla pseudo-democrazia diretta delle piazze e del web</b>	
<b>CRISTINA NAPOLI</b>	<b>405</b>
<b>La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale. Una nuova forma di "bicefalismo" per i segretari comunali e provinciali?</b>	
<b>FILIPPO VARI</b>	<b>418</b>
<b>Costituzione e fine vita. Riflessioni alla luce dell'insegnamento di Antonio Ruggeri</b>	
<b>DOMENICO ARGONDIZZO – FELICE BESOSTRI – GIAMPIERO BUONOMO</b>	<b>427</b>
<b>Su alcune ragioni dell'evoluzione costituzionale nei Parlamenti operanti per sessioni</b>	
<b>ORESTE POLLICINO</b>	<b>439</b>
<b>Corti costituzionali e migrazione di "idee costituzionali" da occidente a oriente. La bussola e una metafora.</b>	
<b>ELEONORA RINALDI</b>	<b>453</b>
<b>Le vacillanti colonne d'Ercole dell'autodichia e i paradossi dell'antipolitica: tra volontà di "fare giustizia" dei privilegi dei parlamentari, ingiustificate disparità di trattamento e collocazione dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>474</b>
<b>Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di "costituzionalità-eurounitarietà"</b>	
<b>GIUSEPPE LANEVE</b>	<b>481</b>
<b>Pluralismo e Limite (<i>al</i> potere e <i>per</i> l'altro): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>495</b>
<b>Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di costruzione</b>	
<b>LARA TRUCCO</b>	<b>511</b>
<b>La richiesta referendaria regionale in materia elettorale (vista dalla Liguria)</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>520</b>
<b>Costituzione, lotta alla corruzione, "buon governo"</b>	
<b>LARA TRUCCO</b>	<b>529</b>
<b>Antonio Ruggeri e la tensione inappagabile verso la Corte e le Carte</b>	



<b>GESSICA VERONICA GOLIA</b>	<b>538</b>
<b>Quando “la prigione è un’ingiustizia, la libertà un pericolo”: la detenzione domiciliare per i detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta</b>	
<b>MARCO GALDI</b>	<b>550</b>
<b>Il limite del doppio mandato e la “democrazia dei cittadini” (riflessioni a margine di Corte cost. sent. 10 luglio 2019, n. 173)</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>572</b>
<b>Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale</b>	
<b>MARCO RUOTOLO</b>	<b>589</b>
<b>L’interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>600</b>
<b>La “specializzazione” dell’autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte</b>	
<b>ALESSANDRO MORELLI</b>	<b>617</b>
<b>L’autonomia delle confessioni religiose tra legislazione e giurisdizione</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>628</b>
<b>Rischi d’involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia</b>	
<b>ROBERTO ROMBOLI</b>	<b>644</b>
<b>Caro Antonio ti scrivo (così mi distruggo un po’). In dialogo con il Ruggeri pensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>657</b>
<b>Tre minime notazioni in tema di norme non scritte di rilievo costituzionale</b>	
<b>CRISTINA LEVORATO</b>	<b>662</b>
<b>Aspetti giuridici della dignità umana nell’orizzonte della disabilità</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>678</b>
<b>Caro Roberto, provo a risponderti sulla “doppia pregiudizialità” (così mi distruggo un po’ anch’io...)</b>	
<b>GIOVANNI TULUMELLO</b>	<b>686</b>
<b>L’evoluzione della causa del provvedimento amministrativo di scelta del contraente, e le sue principali conseguenze ordinamentali: l’influsso del diritto UE sulla disciplina, sostanziale e processuale, dei contratti della pubblica amministrazione (anche a margine di Corte cost., n. 271/2019)</b>	
<b>ANTONIO RUGGERI</b>	<b>707</b>
<b>Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie</b>	

SILVIA TALINI 729  
**Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza  
additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale**

JAMES MITCHELL 743  
*A tale of two elections*

ANTONELLO LO CALZO 747  
**Illeciti e sanzioni disciplinari del magistrato tra automatismi legislativi e recenti  
interventi della Corte costituzionale**

PAOLO PASSAGLIA 770  
**Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della  
prostituzione**

VINCENZO SCIARABBA 780  
**La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale**

## *PARTE II*

### LIBRI E RECENSIONI

ANTONIO RUGGERI 1  
*Prefazione*  
**a Roberto Conti, "Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità  
umana? Relazione di cura, DAT e 'congedo dalla vita' dopo la L. 219/2017",  
Aracne Editore, 2019**

## *PARTE III*

### CRONACHE

CRONACHE DALLA CORTE 1

CRONACHE DALLE ISTITUZIONI 2

CRONACHE DALL'UNIONE EUROPEA 8

ABSTRACT I

*Note di presentazione*

*Si presenta qui la versione completa 2019 in formato elettronico della Rivista che, per varietà di contributi e articolazione di interventi, specie giovani, conferma la sua vocazione a dare spazio sia all'attualità, sia anche a promettenti voci emergenti.*

*I temi sono costituiti, come per tradizione, precipuamente dalla tutela dei diritti e dal relativo lavoro delle Corti.*

*Un ringraziamento particolare va sempre alle migliaia di lettori che seguono sulla Rete la Rivista, un altissimo numero dei quali testimonia anche la propria attenzione con la ricezione dell'apposita newsletter o con la presenza nelle pagine facebook e twitter.*

\*\*\*\*\*

*L'impegno della Rivista è anche quello, attraverso un linking selettivo, mirato e costante, di rendere sempre più pervi i collegamenti con altri documenti presenti in internet, anche al fine di dare al possibile contezza del complesso e complessivo dibattito giurisprudenziale e dottrinale.*

*In questo senso, un grazie va anche alle altre Riviste OnLine collegate da reciproca sinergia.*

# **ANNIVERSARI**

## *Anniversario*

**1° giugno 1869 - 1° giugno 2019**

### ***Un Savoia sul trono di Spagna***

1. Ricorre il 1° giugno il 150° anniversario della [Costituzione spagnola del 1869](#).

*Non toglie interesse a questa rievocazione la sua breve e un po' disarticolata vigenza: rimasta, per così dire, "acefala" fino al 2 gennaio 1872, ne fu proposto il mantenimento in vita del solo Titolo I dopo la proclamazione della [Prima Repubblica, l'11 febbraio 1873](#). Richiamata poi in vigore col colpo di Stato del generale Manuel Pavia del 3 gennaio 1874, per essere però immediatamente sospesa dalla dittatura repubblicana instaurata subito da Francisco Serrano fino a quando, il 31 dicembre successivo, la [Costituzione](#) cadde completamente in oblio a seguito della rivolta militare filoborbonica.*

*Non sembra nemmeno poter sminuire il significato giuridico-culturale dell'odierno anniversario lo "schacciamento" del breve periodo storico interessato tra due poderosi e decisivi avvenimenti della vicenda costituzionale spagnola, quali furono, da un lato, la rivoluzione borghese del 1868 con l'uscita di scena di Isabella II, e, dall'altro, l'avvento della [Prima Repubblica del 1873](#) seguito dal quasi subitaneo ripristino della Monarchia dei Borboni destinata a perpetuarsi con intermezzi drammatici fino ai nostri giorni.*

*Se, infatti, nel solco tracciato circa due secoli prima dalla rivoluzione che aveva segnato la fine dell'assolutismo inglese, la [Costituzione del 1869](#) ebbe a meritare l'appellativo di "Gloriosa", la fase che vi seguì fino al 1874 (coincidente quindi con la tormentata traiettoria della nostra [Costituzione](#)) è ancora ricordata come il "sessennio democratico" o "rivoluzionario", alludendosi cioè al suo carattere quasi singolare in tutta la parabola autoritaria spagnola, che s'è potuta dire conclusa solo con la caduta del franchismo.*

*Ma v'è un'ulteriore circostanza che motiva oggi il nostro sguardo verso quei remoti avvenimenti. A regnare, infatti, sotto il vigore della [Costituzione del 1869](#), che, nonostante la sua genesi rivoluzionaria, persistette, come si vedrà, filomonarchica, venne chiamato, o meglio eletto dalle Cortes il 2 gennaio 1871, un sovrano italiano, ossia il duca d'Aosta [Amedeo](#), secondogenito di Vittorio Emanuele II: per gli annali spagnoli [Amedeo I di Spagna](#), destinato a restare il primo e l'unico rappresentante della sua dinastia.*

2. Come si era arrivati a questa soluzione istituzionale? Quali caratteristiche presentò quella particolare monarchia costituzionale? A cosa era stato dovuto il precedente tracollo dei Borbone? Quali le ragioni, invece, della precoce liquidazione della complessiva esperienza?

La risposta a tali quesiti richiede, malgrado il carattere succinto di questa memoria, di risalire piuttosto indietro nella storia europea per ricordare come la predetta Isabella II fosse appartenuta alla dinastia avviata, a partire dal 6 novembre 1700, dal nipote del Re Sole, Filippo V, per mancanza di eredi diretti nel ramo degli Asburgo di Spagna (si noti che l'attuale regnante spagnolo, Filippo VI, è il suo immediato successore numerico!). Tale dinastia avrebbe dovuto in seguito subire la sola interruzione causata dall'occupazione del trono spagnolo, tra il 1808 e il 1813, da parte di Giuseppe Bonaparte, uno dei fratelli di Napoleone.

Proprio a partire da quest'ultimo accadimento, tuttavia, la situazione spagnola aveva cominciato non meno gravemente a complicarsi. Se pur non è immaginabile dare conto qui di tutti i significativi dettagli di portata costituzionale della fase storica considerata, risulta impossibile non ricordare come si collochi idealmente al suo debutto la [Costituzione del 1812, cd. di Cadice](#), che ebbe tra i suoi obiettivi, in netta opposizione al cesarismo napoleonico, l'istituzione per la prima volta in Spagna di una monarchia costituzionale fondata sugli assiomi del liberalismo (e, nella specie, anche sul suffragio universale maschile).

La [Costituzione di Cadice](#), richiamata in vita nel 1820 a furor di popolo da parte di Ferdinando VII, che l'aveva soppressa al momento di rioccupare nel 1814 il trono dei Borbone, ha notoriamente costituito nel tempo un modello quasi mitico per tutti i movimenti liberaldemocratici del continente europeo.

3. Il circa mezzo secolo che porta dalla [Costituzione di Cadice](#) alla Costituzione qui ricordata, dunque, è, anche a prescindere dal periodo napoleonico, fitto di sussulti rivoluzionari e controrivoluzionari e punteggiato da alcuni testi costituzionali di effimera durata.

Intanto, contro il già evocato Ferdinando VII, il cui regno, nonostante il "triennio costituzionale" inaugurato nel 1820, era sfociato nel più crudo assolutismo, si era avuta, nel 1823, una sollevazione popolare, repressa, però, con l'aiuto della Francia. Del contingente militare transalpino, com'è noto, volle far parte anche il futuro re sabauda Carlo Alberto al fine di ricrearsi una verginità (reazionaria) dopo le simpatie liberali mostrate durante i moti piemontesi del 1821 e culminate nella concessione (provvisoria) da parte sua, in qualità di Reggente, proprio della [Costituzione di Cadice](#).

Un violento conflitto dinastico doveva poi originarsi alla morte del re Ferdinando VII, che, in mancanza di eredi maschi, aveva pensato bene di abrogare nel 1829 la legge Salica, designando in tal modo alla sua successione la figlia avuta dalla quarta moglie Maria Cristina dei Borbone di

Napoli, la già incontrata Isabella II. A causa, tuttavia, della minore età di questa, si era fatto luogo alla reggenza da parte di Maria Cristina, mentre la guerra civile tra i sostenitori d'Isabella e quelli dell'autoproclamatosi re Carlo (fratello del re defunto che non riteneva a sé applicabile l'abrogazione della legge Salica) divampava sanguinosamente. Anche se, in questa guerra di successione, erano più sostanzialmente a fronteggiarsi (e per molto tempo a venire con le cd. guerre carliste) la parte laico-liberale e quella cattolico-reazionaria della Spagna.

Frutto, in certo modo, della condiscendenza (non convinzione) liberaleggiante di Maria Cristina e della convergenza tra le varie anime liberali e democratiche rappresentate nelle Cortes, [un nuovo documento costituzionale vide infatti nel 1837](#) la luce, non a caso, recependosi i principi della [Costituzione di Cadice](#) (pur se completamente inediti risultavano il sistema bicamerale e la promozione di diritti individuali).

Questa [Costituzione](#), d'impronta progressista, fu però sfibrata dal succedersi vorticoso degli avvenimenti, tra cui l'esilio in Francia, nel 1840, della stessa Maria Cristina per il pronunciamento nei suoi confronti del generale Baldomero Espartero, divenuto il prestigioso esponente della parte liberale del Paese. Espartero successe anche nella reggenza a Maria Cristina, mentre una terza reggenza, a seguito dell'esilio dello stesso Espartero sconfitto nella guerra intestina suscitata dalla sua gestione autoritaria, venne evitata nel 1843, essendosi le Cortes risoltesi a riconoscere la maggiore età a Isabella, anche se al momento ancora tredicenne.

[Una nuova Costituzione nel 1845](#) fu un tutt'uno con la svolta decisamente autoritaria impressa dalla nuova Regina: il testo costituzionale riconosceva infatti alla Corona un ruolo assai più attivo nella conduzione politica, mentre il Parlamento vedeva sminuito il suo (il Senato era praticamente nella mani di Isabella, che poteva nominarne i componenti a suo piacimento). Con questa stessa Costituzione fu approntato il quadro del successivo [Concordato con la Chiesa cattolica del 1851](#) che permise al clero spagnolo di recuperare l'influenza di vario tipo venuta meno nell'epoca liberale.

Insomma, Cadice ([la Costituzione](#)) sembrava ormai perduta di vista a favore di un moderatismo monarchico che ricordava da vicino la Restaurazione francese.

#### 4. Cadice (la città) divenne tuttavia ancora una volta fatale per le sorti della Spagna.

È lì, infatti, che, con l'ammutinamento della flotta, prese avvio il moto rivoluzionario che condusse all'esilio irreversibile di Isabella, alla quale pure era riuscito di regnare per tre lustri, superando diversi e gravi ostacoli. Sul piano politico e istituzionale, si ricordino l'ennesimo pronunciamento militare nel 1854, inteso a far dimettere un gabinetto che aveva preso a governare per decreto dopo aver sciolto le Camere; e il fallimento, nel 1856, del [progetto di una Costituzione](#) più democraticamente orientata. Un notevole impoverimento, sul piano economico si produsse,

*oltreché per la crisi agraria ed industriale, per la perdita del Messico e di San Domingo, e per la guerra con il Cile e con il Perù. Dal punto di vista della pace interna, non può, poi, omettersi il riferimento alla seconda guerra carlista dal 1846 al 1849.*

*Nel contesto di estrema crisi economica e sociale che ne era derivato, una soluzione di carattere rivoluzionario parve dunque nuovamente inevitabile alle forze di opposizione, liberali e repubblicane, che, anche dal territorio estero, andavano progettando la detronizzazione di Isabella II e l'abbattimento dello stesso regime monarchico.*

*Ma, mentre il primo obiettivo, come già accennato, venne raggiunto, dato che, dopo la sconfitta militare delle truppe realiste il 28 settembre 1868 (che segnò appunto il definitivo successo della Gloriosa Rivoluzione), Isabella II riparò in Francia, il destino della monarchia rimase invece in sospeso finché la maggioranza filomonarchica delle nuove Cortes costituenti deliberò, pure mantenendo fermo il ripudio dei Borbone, la conservazione dell'istituto monarchico anche nella [Costituzione del 1869](#), a cui finalmente approdiamo dopo le precedenti note storiche.*

*5. Le Cortes costituenti erano state, dunque, elette tra il 15 e il 18 gennaio 1869 a scrutinio uninominale ad unico turno con il suffragio universale maschile (25 anni, l'età richiesta) già introdotto nel novembre del 1868.*

*Nell'assemblea sedevano 159 esponenti del partito progressista, 69 dell'unione liberale, 20 del partito democratico, 69 repubblicani federalisti, 2 repubblicani unionisti, 18 carlisti e 14 liberali moderati. I lavori preparatori si snodarono per circa quattro mesi a partire dall'11 febbraio 1869, affidandosi la stesura del progetto ad una commissione costituzionale presieduta da Sebastiano de Olòzaga, e passandosi poi alla sua discussione ai primi di aprile. Il testo, approvato il 1° giugno [1869](#) (con 214 voti favorevoli e 55 contrari) e promulgato il 6 giugno successivo, si componeva di 112 articoli distribuiti in 11 titoli più due disposizioni transitorie. Nella prima di queste disposizioni si prevedeva che, del testo costituzionale avrebbe fatto parte anche la futura legge destinata ad eleggere il nuovo re e a regolarne tutte le connesse questioni (sarà la legge organica del 10 giugno 1870).*

*6. La [Costituzione](#), il cui impianto replicava da vicino quello della [Costituzione belga](#) del 1831, reputata la più democratica tra quelle continentali del tempo, si presentava così, oltre che ovviamente di tipo formale, anche come (unilateralmente) votata da un'assemblea eletta a questo specifico scopo, certamente di carattere programmatico benché ricettiva dei risultati già acquisiti con la rivoluzione. La presenza di un catalogo di diritti ne faceva un testo costituzionale modernamente "lungo". Era soprattutto rigida in quanto, secondo il suo Titolo XI, che sembrava peraltro escludere revisioni*



totali, sarebbe spettato a Cortes costituenti appositamente elette procedere dopo che le Camere da cui era provenuta l'iniziativa di riforma (che, dal Re, avrebbe potuto essere semplicemente sollecitata) fossero state sciolte.

Circa il tenore del dettato costituzionale, sottolineiamo preliminarmente che l'ordinamento era stato incardinato su una cd. monarchia costituzionale pura. Del resto, rimandavano alle analoghe previsioni dello [Statuto albertino](#) gli artt. 34 e 35 della [Costituzione](#), per cui il Re partecipava con la sanzione al potere legislativo (non era esplicitamente previsto invece un potere di veto) ed era, rispettivamente, il titolare del potere esecutivo che esercitava per mezzo di suoi ministri. Ancora al Re spettava, in base all'art. 42, di convocare, sospendere e chiudere le sessioni parlamentari, ma soprattutto di sciogliere una od entrambe le Camere. Se, tuttavia, l'art. 62 facultizzava il Monarca a nominare e revocare liberamente i Ministri, il divieto posto dall'art. 88 per i Ministri non parlamentari di assistere ai lavori delle Cortes pareva inteso a scoraggiare nomine al di fuori delle Cortes stesse. Inoltre, a differenza dell'art. 5 dello [Statuto Albertino](#), che aveva attribuito al Re "solo" il potere esecutivo, l'art. 35 in certo modo obbligava il Re a servirsi di un Gabinetto, su cui potevano pertanto sembrare riversati i poteri reali.

Quanto alle Cortes, sia il Congresso (di durata triennale), sia il Senato (rinnovabile per quote ogni tre anni) erano elettivi a suffragio universale maschile, ma solo i maggiori contribuenti e i soggetti dotati di alte capacità (civili, militari, religiose) erano eleggibili a senatori.

Si trattava certo di una formula costituzionale, divenuta altrove già obsoleta persino in ordinamenti, come quello italiano statutario, che la contemplavano sulla carta. Ma ciò che maggiormente rileva è che tale formula stentò a coniugarsi con una realtà multiforme e già costellata di solide formazioni partitiche: una situazione politica e sociale non così compatta come la maggioranza politica delle Cortes costituenti si era voluta rappresentare.

Risulta, infatti, che la [Costituzione del 1869](#) fosse stata percepita da consistenti forze parlamentari come il frutto dell'iniziativa rivoluzionaria della sola classe borghese contro le derive assolutistiche dei Borboni. Nella Corona, inoltre, si individuava la suprema garanzia della preminenza sociale e della stabilità economica delle classi abbienti nei confronti, come pure fu detto, delle "clases ínfimas de la sociedad", le quali, pur non avendo avuto un ruolo determinante nel precedente sommovimento politico, avrebbero potuto pretendere addirittura la Repubblica.

Ma anche sul piano letterale, ci sembra che il disegno costituzionale complessivo recasse diverse ambiguità senza proporre vie d'uscita giuridiche dai possibili conflitti. Così l'accennato ruolo regio in materia legislativa doveva essere portato a coerenza con l'attribuzione alle Cortes soltanto del potere legislativo ex art. 34 della [Costituzione](#); quello in materia di formazione e congedo del Governo con il potere delle Cortes di far valere la responsabilità dei Ministri, sia pure solo di tipo

penale ex art. 58, punto 4, e soprattutto con il potere di censura attribuito ad entrambe le Camere dall'art. 53. Per altro profilo, l'obbligo del Re di giurare fedeltà alla [Costituzione](#) poteva suscitare interrogativi circa la proclamata irresponsabilità ed inviolabilità del Re stesso. Può pensarsi, tuttavia, che la contraddizione maggiore e più gravida di rischi fosse tra la configurazione ormai piuttosto vieta dell'apparato governante ed i principi più moderni messi in auge dallo stesso testo costituzionale, dove, ad es., nell'art. 32 della [Costituzione](#) si proclamava che "La soberanía reside esencialmente en la Nación, de la cual emanan todos los poderes"), avvalorando la panoplia di diritti individuali, al tempo così chiaramente e inequivocamente reperibili forse solo negli [Emendamenti della Costituzione americana](#), elencati nel già citato Titolo I, tra cui le libertà personale, domiciliare, di corrispondenza, di riunione, di associazione, di proprietà, d'impresa, d'insegnamento, di culto (anche se sarebbe stato mantenuto al clero cattolico il diritto al mantenimento a spese dello Stato), il processo con giuria e in genere la partecipazione politica (tuttavia solo maschile): diritti generalmente corredati di incisive garanzie giurisdizionali (solo in virtù di una apposita legge si sarebbe potuto sospenderli al fine di preservare la sicurezza dello Stato in circostanze straordinarie ex art. 31). Mette conto al proposito di ricordare come l'amministrazione della giustizia fosse imputata ad un autonomo e distinto potere giudiziario, sicché al Re, ex art. 73, n. 5, competeva solo di "Cuidar de que en todo el Reino se administre pronta y cumplida justicia", mentre l'indipendenza dei giudizi venne ricercata neutralizzando al possibile l'ingerenza politica del Governo e affidando le decisioni in materia di carriera al Consiglio di Stato.

Inutile comunque spingersi, soprattutto in questa sede, oltre le suggestioni che hanno motivato l'attribuzione alla [Costituzione del 1869](#) della qualificazione di prima costituzione democratica della Spagna, anche perché non ne fu possibile apprezzare in misura probante l'effettivo e compiuto rendimento. Vi costituirono, infatti, ostacolo gravi questioni istituzionali e politiche, in parte già accennate.

Il preliminare problema da risolvere fu la stessa individuazione della persona del nuovo Re. Esclusa, come si è detto, la linea dinastica dei Borbone (ad ogni buon conto, Isabella II aveva abdicato il 25 giugno 1870 a favore del figlio, il futuro Alfonso XII), la lista dei candidati comprendeva principi del sangue di varia provenienza (quali Antonio d'Orléans, duca di Montpensier, Ferdinando II di Sassonia-Coburgo-Gotha e Leopoldo di Hohenzollern-Sigmaringen) in funzione della parte politica che li caldeggiava, alcuni dei quali incontrarono anche veti politici di carattere internazionale. Si trattava, nella realtà, di trovare un Re consonante con la caratterizzazione democratica della [Costituzione](#), propenso ad un'interpretazione discreta dei suoi poteri: operazione ritenuta assai ardua anche da uno dei principali registi dell'operazione, il

generale Juan Prim y Prats (sua, pare, la frase: «¡Encontrar a un rey democrático en Europa es tan difícil como encontrar un ateo en el cielo!»).

*La scelta cadde finalmente sul figlio cadetto di Vittorio Emanuele II: ma, se è vero che Amedeo non ebbe a dispiacere eccessivamente a nessuno (l'ostilità di Napoleone III era evaporata col crollo del Secondo Impero a Sedan), nei fatti fu accolto con freddezza, quando non con scherno, da certe forze politiche e dalla pubblica opinione (più cruda l'accoglienza dei repubblicani, il cui leader Emilio Castelar, futuro presidente sotto la Prima Repubblica, minacciò "Visto el estado de la opinión, Vuestra Majestad debe irse (...), no sea que tenga un fin parecido al de Maximiliano I de México").*

*Anche l'elezione, il 16 novembre 1870, in seno alle Cortes lo vide, del resto, prevalere con una chiara, ma non esaltante maggioranza: 191 voti a favore, 100 contro, 19 astenuti; 27 voti andarono ad Alfonso, Duca di Montpensier e 8 al generale Espartero; 60 voti furono invece dirottati verso la Repubblica federativa. Sul Savoia si erano, dunque, concentrati soprattutto i voti progressisti. Tra le ragioni (formali) alla base della scelta si addussero gli antichi diritti derivanti dal Trattato di Utrecht alla dinastia di Savoia in caso di estinzione (che nella sostanza non s'era verificata) di quella dei Borbone, essendo fallito, tra l'altro il precedente tentativo di porre la corona di Spagna in capo ad un altro Savoia, Tommaso duca di Genova, scartato perché la sua giovane età avrebbe costretto a prolungare ancora la reggenza.*

*Alle ostilità degli ambienti clericale-conservatori nei confronti di Casa Savoia non risultavano estranee le vicende che, nello stesso torno di tempo, avevano condotto alla debellatio dello Stato Pontificio ad opera del Regno d'Italia. Il rancore dei carlisti era alimentato dal fatto che la stessa Casa Reale avesse strappato militarmente ai Borbone di Napoli il Regno delle Due Sicilie.*

*Anche la sorte sembrò militargli contro, essendo stato assassinato, due giorni prima del suo arrivo in Spagna il 2 gennaio 1871, Juan Prim y Prats, il suo principale sponsor, innescandosi, anche per questa via, un prematuro processo di indebolimento istituzionale. Verosimilmente, del resto, era stato il trascorso anticlericale e antiborbonico dei Savoia a certificare proprio agli occhi di Juan Prim l'attitudine della dinastia italiana a prendersi in carico il sistema monarchico della nuova [Costituzione](#),*

*Salito sul trono di Spagna forse, più che per convinzioni personali, per ragioni istituzionali e per l'obbedienza dovuta al padre, Amedeo vi rimase circa due anni e mezzo, sopravvivendo anche ad un attentato compiuto il 18 luglio 1872. C'è motivo di credere che abbia completato volentieri la sua esistenza in Italia, circondato, peraltro, fino alla morte, nel 1890, a soli 44 anni, dalla calda, generale simpatia .*

7. L'elezione di Amedeo sul trono di Spagna aveva, d'altra parte, concluso il primo periodo di vigenza della [Costituzione del 1869](#), che abbiamo chiamato acefala, ma che in realtà, dopo la cacciata di Isabella II, aveva registrato ai vertici dello Stato in via provvisoria il presidente del Consiglio generale Serrano, a capo di una coalizione Unionista liberale e Progressista (dall'8 ottobre 1868), il generale Prim, a capo di una coalizione Unionista liberale, Progressista e Democratica (dal 18 giugno), e l'ammiraglio Juan Bautista Topete col supporto della medesima coalizione (dal 27 dicembre 1870). Tra l'altro, il Serrano, dopo l'approvazione del testo costituzionale, era stato eletto alla reggenza da parte delle Cortes ancora costituenti il 18 giugno 1869.

Lo stesso Serrano nella fase più propriamente monarchica, riferibile alla pienezza dei poteri di Amedeo I, sarà il primo Presidente del Consiglio nominato dal nuovo Re il 4 gennaio 1861 col sostegno della stessa coalizione del suo precedente governo. Nel fare questa scelta, Amedeo si presentava più o meno consapevolmente sulla scena istituzionale spagnola con un'allure filoparlamentare (il governo godeva di un'ampia maggioranza alle Cortes costituenti, sostanzialmente la stessa che aveva votato la [Costituzione](#) e che aveva eletto il Savoia), non diversa da quella ormai esibita, con alterne vicende, dal regale padre sul suolo italico.

Il secondo atto del nuovo Re fu quello di indire le prime elezioni propriamente legislative, che si svolsero l'8 marzo 1871: la coalizione di governo ne uscì confermata con più del 60% dei seggi. Ciò non impedì però l'instabilità politica causata dalle divisioni interne agli stessi partiti della coalizione in una perdurante cornice di forti opposizioni.

Tra le Cortes così elette ed il Re sfilarono nel tempo i governi di Serrano, Luis Ruiz-Zorrilla, José Malcampo e Práxedes Mateo Sagasta, provando Amedeo I le soluzioni che l'originaria maggioranza consentiva, mentre il solco tra le due anime del partito progressista si stava facendo sempre più profondo, tanto da dare origine, nelle successive elezioni, alle due distinte formazioni del partito radicale di Ruiz-Zorrilla e del partito costituzionale di Sagasta. Una divaricazione, questa, che, nell'ambito dello stesso partito progressista, si estendeva anche al modo di concepire il regime costituzionale: antepoendo Sagasta l'ordine interno ai diritti individuali da regolarsi di conseguenza dal legislatore, e viceversa ritenendo Ruiz-Zorrilla sottratti tali diritti all'arbitrio del legislatore e amministrati solo dalle corti giudiziarie. Per altro verso, questo stesso dissidio veniva a fiaccare la principale forza politica che aveva perorato l'elezione di Amedeo, rendendolo così istituzionalmente ancora più fragile.

Le seconde elezioni legislative furono indette dal Re Amedeo per il 2 aprile del 1872 al precipuo scopo di chiarire il quadro politico e suscitare una maggioranza stabile e coesa. Sagasta, sotto la cui presidenza si era svolto lo scrutinio, fu confermato nella carica, avendo conseguito la sua coalizione

*più del 60% dei seggi e gli zarrilisti poco meno dell'11%. Le difficoltà provennero questa volta dalla scoperta di corruzioni elettorali che determinarono le dimissioni di Sagasta. Intanto però era scoppiata la terza guerra carlista, che propiziò la sostituzione di Sagasta il 26 maggio 1872 con il generale Serrano, il cui partito, d'altro canto, controllava la maggioranza delle Cortes, e che il 24 maggio aveva stipulato un accordo (ad Amorebieta) coi i sostenitori carlisti ormai in rotta al fine, tra l'altro, di concedere l'amnistia ai belligeranti nemici.*

*L'accordo raccolse veementi critiche negli ambienti ministeriali e militari, ma venne infine ratificato dal Re e approvato dalle Cortes. Tuttavia, ormai il governo di Serrano era entrato nell'occhio del ciclone della contestazione radicale, che il 6 giugno si esprime con un'imponente manifestazione nella Plaza Mayor di Madrid. Il timore che si fosse davanti al prodromo di un'insurrezione repubblicana indusse Serrano a chiedere ad Amadeo la sospensione delle garanzie costituzionali già deliberata dalle Cortes. Ciò che Amadeo rifiutò anche per il timore di perdere il residuo sostegno di Ruiz-Zorrilla, chiamato a sua volta al governo il 13 giugno dopo le dimissioni di Serrano. Nel contempo, vennero sospese le sedute parlamentari nel trasparente intento di sciogliere le Camere rette da una maggioranza politica di segno avverso. Lo scioglimento seguì in effetti il 26 di giugno e nuove elezioni furono indette per il 24 agosto.*

*Dalle precedenti elezioni non erano, dunque, trascorsi nemmeno i quattro mesi di riunione che le parti politiche avverse al Re ritenevano garantiti dall'art. 42 della [Costituzione](#) ogni anno, anche se la tesi poggiava sull'interpretazione che attribuiva questo lasso temporale ad uno specifico parlamento e non all'istituzione in generale. Comunque sia, i problemi più spinosi circa la correttezza del comportamento del Re provenivano, paradossalmente, dalla circostanza che, questa volta, in perfetta consonanza con i canoni della monarchia costituzionale pura, Amadeo aveva nominato a sua discrezione un governo di minoranza e congedato un parlamento avverso nel tentativo di procurarsene uno favorevole (scioglimento di "combat"). Tuttavia, della vicenda, è forse possibile una lettura simmetrica nel senso che Amadeo, come fu detto, fosse rimasto sotto lo scacco delle forze politiche di cui sembrava facilmente pronosticabile il successo in un'eventuale elezione. Del resto, può in generale, ammettersi la correttezza della generale attitudine del Savoia nel ricercare la stabilità ministeriale non con le lenti partigiane del politico, ma con lo sguardo libero, teso solo a procurare un Governo al Paese.*

*Nelle terze elezioni del regno del Savoia, i radicali conseguirono infatti il 70% dei seggi e con il gabinetto di Ruiz-Zorrilla venne avviato un piano di riforme sociali da sempre attese.*

*In questa situazione, guardando con il senno di poi, si può osservare come la sorte di Amadeo fosse segnata. Alienatesi le già scarse simpatie dei ceti medi e di altri per la sterzata "a sinistra" impressa da Ruiz-Zorrilla (si tornò a volgere lo sguardo verso l'erede designato da Isabella II il*

*futuro Alfonso XIII), anche l'appoggio delle forze radicali e popolari stava venendo meno (tra l'altro, il Re, si direbbe quasi fisiologicamente, cercava di ritessere le relazioni con i partiti moderati), in quanto la soluzione repubblicana sembrava essere l'unica capace di eliminare gli ostacoli al completamento della Gloriosa Rivoluzione.*

*Comunque sia, la situazione cominciò a precipitare all'inizio del 1873 per diversi contrasti tra Amedeo ed il governo (e la maggioranza radicale delle Cortes). Il pericolo era chiaramente percepito dal Re che ne metteva a parte il padre scrivendo che Ruiz-Zorrillo, invece di lavorare per il consolidamento della dinastia, brigava con i repubblicani, per la sua caduta.*

*La tentazione di Amedeo di ripetere lo schema del 1872 con uno scioglimento forzato appariva però questa volta priva della garanzia di un ritorno elettorale positivo, svelando così la sua natura antidemocratica e scatenando forse una reazione sanguinosa. Anche l'offerta di aiuto nell'organizzazione di un golpe da parte di alcuni generali non venne presa in considerazione da Amedeo per la stessa ragione. L'invito infine del Re a cercare di formare un gabinetto di conciliazione nazionale non riuscì a sortire alcun pratico effetto.*

*Costretto pro bono pacis a firmare a malincuore il decreto non condiviso concernente la riorganizzazione dell'artiglieria, il giorno dopo la pubblicazione dell'atto, lunedì 10 febbraio 1873, Amedeo, senza neanche attendere l'autorizzazione richiesta dall'art. 74, comma 7, della [Costituzione](#), abbandonò il trono ed il 22 successivo la stessa Spagna insieme ai familiari. La moglie Maria Vittoria dei principi dal Pozzo della Cisterna, che aveva pazientemente condiviso l'esperienza spagnola, morirà a Sanremo in quello stesso anno.*

*Con l'abbandono del monarca era però anche la monarchia a lasciare la scena, come gli avvenimenti immediatamente successivi che portarono alla proclamazione della Prima Repubblica s'incaricarono chiaramente di dimostrare. Lo stesso 11 febbraio, dalle Cortes costituite in Assemblea Nazionale venne proclamata, infatti, la Repubblica, destinata, peraltro, anch'essa a trasformarsi col già evocato colpo di Stato del 3 gennaio 1874 in una Repubblica presidenziale autoritaria fino al 31 dicembre successivo allorché, con essa, terminò anche il cd. sessennio democratico ad opera del colpo di Stato filoalfonsino del generale Arsenio Martínez Campos.*

*Con la rinuncia di Amedeo, anche la [Costituzione del 1869](#) andava in pratica a scomparire. Qualche successivo singulto non poté più ridare ad essa piena vitalità. Fallì, inoltre, come già ricordato, il successivo [progetto di una Costituzione repubblicana federativa](#) che si proponeva di riprodurre il titolo I della [Costituzione del 1869](#), dedicata ai diritti degli spagnoli, includendovi però la netta separazione tra Chiesa e Stato, il pieno riconoscimento della libertà delle altre confessioni e l'abolizione dei titoli di nobiltà (detto per incidens questo testo costituiva la Spagna in una*

*Federazione di diciassette Stati, tra cui Cuba e Portorico, dotati di una propria Costituzione e organi legislativi, esecutivi e giudiziari propri).*

*Non era la prima volta che nella storia costituzionale una Costituzione monarchica ed il Re che era stato chiamato ad interpretarla scomparivano assieme. Per fortuna, a differenza della sfortunata sorte di Luigi XVI, perito con la [Costituzione del 1791](#), Amedeo, immune, tra l'altro, da ogni "addebito" pregresso, poté uscirne meglio per la sua attitudine conciliatrice ed in ultimo remissiva, ma la [Costituzione del 1869](#), come nel precedente francese era già stata da tempo vessata dai reali rapporti di forza che essa non era in grado di incanalare.*

*Dal canto suo, non andò però del tutto perduta l'eredità legislativa del sessennio democratico (che anzi successivamente fu solo ritoccata nei suoi accenti più ideologici) rappresentata principalmente dalla legge di riforma ipotecaria del 21 dicembre 1869 (intesa, tra l'altro, a rendere più concreto e agevole il sistema di registrazione della proprietà e a rafforzare il credito territoriale); dalla legge comunale e provinciale del 20 agosto 1870 (il cui punto di forza era l'elezione popolare delle cariche pubbliche); dalla legge organica sul Potere giudiziario del 15 settembre 1870 (che dava attuazione alle previsioni liberali della [Costituzione](#)); dalla legge sul Registro civile del 15 giugno 1870 (che permise di far constare le vicende della nascita, del matrimonio e della morte anche dei non cattolici; i cattolici erano stati fino ad allora riguardati dai registri parrocchiali); dalla legge sul matrimonio civile di pari data (che istituì il matrimonio civile come l'unico riconosciuto e riconobbe l'emancipazione ai maggiorenni e, per la prima volta, l'autorità genitoriale della madre in assenza del padre).*

*Anniversario*

**3° luglio 1849 - 3 luglio 2019**

*“...una sola luminosa eccezione...”*

[\(la Costituzione della Repubblica romana del 1849\)](#)

1. Ricorre il 3 luglio il CENTOCINQUANTENARIO della [Costituzione della Repubblica romana del 1849](#) (la seconda dopo quella del 1798-99, se non si vuole risalire ancora più indietro nel tempo ...).

Benché destinata a non avere alcuna pratica applicazione a causa degli eventi che occorrerà assai succintamente ricordare, questa [Costituzione](#) conserva ancora grande interesse almeno per un triplice ordine di motivi: per il fatto d'essere stata riconosciuta come la [Costituzione](#) probabilmente più avanzata tra quelle che, pur vivendo poi un'esistenza effimera, videro la luce nel biennio rivoluzionario 1848-49; per aver influenzato taluni testi costituzionali successivi, tra cui e in special modo quello italiano attuale; per avere infine posto, nonostante l'insuccesso dei rivoluzionari romani, le premesse di quella perdita di credibilità sul piano libertario del Papa, che avrebbe fatto da sponda, al netto delle astensioni di alcune parti cattoliche, al consenso popolare dopo la presa di Roma, il 20 settembre 1870.

Assai sinteticamente, le caratteristiche di fondo della [Costituzione](#) romana qui evocata consistevano:

- nella sua natura democratica poiché deliberata da un'assemblea costituente eletta ad hoc a suffragio universale (maschile);
- nella sua pregnante portata ideologica e programmatica (particolarmente, nei suoi Principi fondamentali da I a VIII);
- nella sua vocazione a garantire una serie di diritti che oggi definiremmo fondamentali (in tutto il Titolo I); e
- nella sua “consistenza” rigida in quanto rivedibile solo con un procedimento aggravato (art. 64).

L'impianto della forma di Stato era repubblicano, regime peraltro già stabilito al momento dell'elaborazione della [Costituzione](#), mentre la forma di governo, per la cui definizione spesso sono dirimenti anche le prassi costituzionali (qui del tutto mancanti), avrebbe potuto definirsi di tipo direttoriale, non essendo stato espressamente previsto l'istituto della sfiducia nei confronti dell'esecutivo (i tre Consoli) da parte della rappresentanza parlamentare (né, per converso, la



possibilità che questa potesse essere sciolta (art. 23)), ma la sua elezione e durata a tempo con il meccanismo della rotazione annuale di ciascuno dei componenti (artt. 33 e 34), all'evidenza mutuato dalla [Costituzione direttoriale del 22 agosto 1795, la cd. Costituzione dell'Anno III](#).

Malgrado la consueta stringatezza di queste memorie, l'esame della [Costituzione](#) della Repubblica romana non potrebbe certo esaurirsi con questi cenni: su di essa converrà ritornare, tuttavia, solo dopo averne delineato il contesto storico, che ebbe rilievo sia per l'ordinamento in questione, la cui consistenza territoriale era già in allora piuttosto contenuta (circa 41.740 km<sup>2</sup> tra il Circondario di Roma e le quattro legazioni delle Romagne, delle Marche, dell'Umbria e delle Marittima e Campagna), sia sul piano internazionale, oltreché per lo sconcerto prodottosi tra i fedeli cattolici di tutto il mondo, ma anche in Paesi non cattolici come la Prussia e la Russia, che si offrirono come soccorritori del Papa.

La [Costituzione](#) romana veniva infatti a ratificare, sia pure per il breve periodo che andò dal 9 febbraio al 4 luglio 1849, la scomparsa del millenario Stato Pontificio (o, con denominazione più remota, Stato della Chiesa).

Non che in precedenza (da dentro e da fuori) tentativi analoghi non fossero stati consumati: si pensi ancora alla Prima Repubblica Romana o all'occupazione napoleonica del 1808 con tanto di trasferimento di Pio VII a Savona. Ma adesso aveva cominciato a spirare sempre più forte il vento del Risorgimento nazionale anche sull'onda dell'ideale mazziniano della "Terza Roma".

2. Prima di passare agli avvenimenti romani, sarà necessario tuttavia ricordare come la vicenda della Repubblica si snodò di pari passo con quella di un'altra Repubblica, ossia quella inaugurata in Francia, dopo la cd. *révolution de Février* e la cacciata degli Orleans, il 24 febbraio 1848. In tal senso, dovrà, dunque, accennarsi agli sviluppi transalpini che decisamente pesarono sulle sorti della rivoluzione romana.

Restando però per il momento nella Città Eterna, sembra opportuno sottolineare come, alla data del 9 febbraio, presa poc'anzi a riferimento poiché coincidente con la dichiarazione, da parte dell'Assemblea costituente romana, dell'avvenuta decadenza del Papa e della costituzione dello Stato romano in Repubblica democratica (cd. [Decreto fondamentale](#) dovuto alla penna di Quirico Filopanti; nella stessa occasione fu adottato il tricolore italiano con l'aquila romana sull'asta), la contestazione del potere papale fosse già piuttosto avanzata (ve ne sono ampi riferimenti nella stessa Allocuzione papale [Quibus quantisque](#) del 29 aprile 1849, formulata contro il [Decreto fondamentale](#) stesso).

*Eppure il Papa di allora, Pio IX, fino a non molto tempo prima, aveva esibito (o s'era creduto di riconoscergli con più o meno genuino fraintendimento) spiccate simpatie liberali e sicure propensioni costituzionali, concedendo egli stesso, il 14 marzo 1848, secondo anno del suo Pontificato (era stato eletto il 16 luglio 1846, succedendo al Papa del [Mirari Vos](#), Gregorio XVI), dalla Basilica di Santa Maria Maggiore, uno [Statuto fondamentale pel governo temporale degli Stati di Santa Chiesa](#).*

*Nel Preambolo di questo [testo costituzionale](#), il Pontefice aveva attestato di non volere “fare minore stima dei popoli Nostri, ne fidar meno nella loro gratitudine” rispetto ai “Nostri Vicini [che] hanno giudicato maturi i loro popoli a ricevere il beneficio di una Rappresentanza non meramente consultiva, ma deliberativa”. Nello [Statuto](#), infatti, era disegnato un sistema di governo che, lasciando intatte le prerogative del Papa e del Concistoro, poggiava su un sistema bicamerale (due Consigli deliberanti per la formazione delle leggi: l'Alto Consiglio, di esclusiva nomina papale, ed il Consiglio dei Deputati, elettivo a suffragio ristretto; anche se la legge doveva poi acquisire il parere del Concistoro e la sanzione papale), un Consiglio di Stato ausiliario del Governo nell'esercizio dell'iniziativa legislativa e della funzione regolamentare, ed una magistratura dichiarata indipendente.*

*Tra l'altro, la disposizione VI dello stesso documento recitava che “Niun impedimento alla libertà personale può essere posto se non nei casi e colle forme prescritte dalle leggi. E perciò niuno può essere arrestato se non in forza d'un atto emanato dall'autorità competente. È eccettuato il caso di delitto flagrante o quasi flagrante, nel quale l'arresto dentro 24 ore è consegnato all'autorità competente. Le misure di polizia e preventive sono pure regolate da una legge”; e la XI che “L'attuale preventiva censura governativa o politica per la stampa è abolita, e saranno a questa sostituite misure repressive da determinarsi con apposita legge”. Il tutto nel quadro di una precisa delimitazione tra la materia religiosa ed ecclesiastica, non suscettibile di alcun cambiamento, e quella laica, (moderatamente) esposta alle dinamiche politiche. Ma non può nemmeno omettersi di ricordare l'ordine di Pio IX di smantellare le porte del ghetto romano il 17 aprile.*

*È noto come il comportamento papale, pur con tutte le contraddizioni che inevitabilmente lo stesso [Statuto](#) recava, avesse suscitato l'entusiasmo generale dei patrioti risorgimentali (si ricordino al proposito i versi canzonatori di un osservatore impietoso come Gioacchino Belli: “O Dio, Dio! Tutta l'Italia mi pare un pollaio. Non si sente gridar che: Pio, Pio”). Per vero, le aperture politiche del Pontefice si erano manifestate già prima, se si rammenta che, poco dopo la sua elezione, aveva concesso l'amnistia per i reati politici, e il 12 giugno 1847, egli aveva abbandonato il sistema di governo assolutistico, lasciando qualche maggior respiro alla stampa, istituendo la Consulta di Stato ed il Consiglio dei ministri, nonché permettendo l'organizzazione di una guardia civica.*

Con lo [Statuto](#), tuttavia, Pio IX si era assai più visibilmente elevato a protagonista del clima liberale e rivoluzionario che stava pervadendo l'intera Europa (per limitarci solo all'Italia può ricordarsi come lo Statuto Albertino avesse preceduto di pochi giorni (4 marzo) la concessione papale, e che, il 15 febbraio, era toccato al Granduca di Toscana, Leopoldo II, di elargire uno "Statuto fondamentale", e, prima ancora, il 29 gennaio, a Ferdinando II, di promulgare una Costituzione per il Regno delle Due Sicilie).

3. Il ripiegamento del Papa su linee più moderate aveva preso nondimeno inizio in maniera chiara il 29 aprile dello stesso 1848 (data anche dell'[Allocuzione Non semel](#), con cui egli smentiva soprattutto l'interesse ad essere posto a capo di una confederazione di Stati italiani), col richiamo del contingente militare pontificio impegnato nella guerra del Piemonte contro l'Austria (che, peraltro, aveva anche occupato la Ferrara papale ad onta dei trattati del 1815), non desiderando Pio IX inimicarsi una grande Potenza cattolica e paventandosi addirittura lo scisma dei fedeli austriaci.

In ambito interno, tuttavia, egli aveva serbato un'attitudine ancora disponibile, nominando Ministri non sgraditi agli entourage liberali come Giacomo Antonelli (che muterà risolutamente orientamento politico dopo la restaurazione pontificia nel 1849), Gaetano Recchi, Andrea Ciacchi, Terenzio Mamiani, Giovanni Soglia Ceroni ed Odoardo Fabbri. Questa serie aveva però avuto un finale drammatico (anche se in realtà l'ultimo dei Primi Ministri nominato dal Papa sarà Carlo Emanuele Muzzarelli, che rimarrà nella carica anche sotto la Repubblica) quando, il 15 novembre 1848, era stato assassinato Pellegrino Rossi, che Pio IX aveva voluto, il precedente 16 settembre, come suo Ministro dell'Interno e della Polizia con l'interim delle Finanze nel governo presieduto da Giovanni Soglia Ceroni.

La notorietà di Pellegrino Rossi esime dal darne un'ampia descrizione. Basterà qui ricordare che, carrarese di nascita (1787), egli aveva seguito Gioacchino Murat nella sua sfortunata spedizione del sud dell'Italia nel 1815, riparando poi a Ginevra e qui ottenendovi la cittadinanza per meriti di insegnamento. In seguito, su invito di François Guizot, Ministro della pubblica istruzione di Luigi Filippo d'Orleans, si era recato in Francia per tenere l'insegnamento di Economia Politica e, nel 1834, la prima cattedra di Diritto costituzionale alla Sorbona (lo ricordiamo soprattutto come autore del Cours de droit constitutionnel, opera concepita agli albori della disciplina, che influenzò parecchio anche i giuspubblicisti italiani). Arrivato a Roma come ambasciatore francese, era decaduto dalla carica con l'avvento della già menzionata Seconda Repubblica ed aveva preferito restare presso la corte pontificia. Da Ministro, invisato al clero conservatore per i suoi trascorsi

*liberali e, nel contempo, ai radicali democratici per certi suoi provvedimenti di sicurezza, Pellegrino Rossi era perito per mano di carbonari facinorosi: ma, con lui, anche l'incerto equilibrio papalino aveva cominciato a vacillare decisamente. Era infatti seguita una generalizzata agitazione contro lo stesso Pio IX (venne ucciso Giovanni Battista Palma, segretario della congregazione di Propaganda Fide) con la richiesta di un Ministro di sicure idee democratiche, la convocazione di un'assemblea costituente e la ripresa della guerra contro l'Austria.*

*Lo stato di insicurezza così determinatosi aveva persuaso il Papa ad abbandonare Roma il 24 novembre per rifugiarsi a Gaeta sotto la protezione dei Borbone.*

*Ecco, dunque, che, di fronte al rifiuto del Pontefice di rientrare, si era costituito l'11 dicembre, con decreto della Camera dei deputati (peraltro rifacendosi alle pertinenti competenze del Capo del Potere esecutivo ai sensi dello [Statuto](#) papale), una Giunta suprema provvisoria di Stato che, benché scomunicata da Pio IX, aveva, il 20 dicembre, convocato le elezioni per l'Assemblea costituente che avrebbe redatto la [Costituzione](#) qui rievocata.*

*Le elezioni vennero fissate per i giorni 21 e 22 gennaio 1849 (le precedenti Camere erano state già sciolte) e, nonostante (anche qui) l'incombente scomunica per chi avesse partecipato al voto, i seggi furono frequentati da circa 250.000 votanti (il suffragio era stato riconosciuto a tutti i cittadini maschi di anni 21 e l'elettorato passivo a quelli di anni 25).*

*L'Assemblea costituente, riunitasi per la prima volta il 5 febbraio nel Palazzo della Cancelleria apostolica (tra gli eletti v'erano stati, in elezioni suppletive, Giuseppe Mazzini e Giuseppe Garibaldi, allora appartenenti ad altri Stati italiani), si trovò, però, subito a lavorare nel clima di tensione procurato dall'attitudine minacciosa di vari Stati europei, ed in particolare del governo francese (era ancora in carica il capo provvisorio dello Stato, il generale Louis Cavaignac), che già durante i fatti del novembre 1848 aveva inviato a Civitavecchia 3500 soldati per proteggere la persona del Papa ed invitarlo a trovare rifugio Oltralpe, pur senza entrare nella contesa politica.*

*4. Per vero, la situazione che era venuta a crearsi non mancava di aspetti paradossali, soprattutto perché erano venuti a confronto due regimi entrambi rivoluzionari e repubblicani, laddove i veri nemici della Repubblica sarebbero stati teoricamente da ricercare nelle Potenze monarchiche e conservatrici d'Europa. Del resto, le truppe austriache erano accorse (esse apertamente) a difesa dello Stato pontificio, rioccupando nel febbraio 1849 Ferrara (le stesse, dopo la disfatta piemontese a Novara, assedieranno Bologna l'8 maggio, restituendola al Legato papale; nello stesso mese di maggio 9000 uomini saranno inviati, sia pur tardivamente, anche dalla Spagna di Isabella II di Borbone).*

*In Francia, invece, stava andando in scena un gioco delle parti, che ebbe come vittima la stessa opposizione di sinistra nell'Assemblea costituente (meno, come vedremo, i governanti romani).*

*La mente dell'operazione fu il (Principe-)Presidente della neonata Repubblica transalpina, Luigi-Napoleone Bonaparte (aveva giurato il 30 dicembre 1848). Uomo di idee alquanto elastiche, visto che aveva partecipato all'insurrezione nello Stato Pontificio seguita ai moti francesi nel 1831, egli contava ora sull'appoggio dei cattolici francesi rappresentati soprattutto nel Parti de l'Ordre (composita formazione politica a maggioranza monarchica: i cd. républicains du lendemain). D'altra parte, questo Parti aveva riscosso un grande successo nelle elezioni per la Costituente dell'aprile 1848, mentre, nel governo formatosi sotto la presidenza di Odilon Barrot dopo l'elezione di Luigi Napoleone, deteneva addirittura la maggioranza (vi sedeva anche come Ministro della Pubblica Istruzione un accanito sostenitore del potere temporale dei papi come Alfred-Pierre Falloux).*

*Ma, per meglio comprendere il complesso degli atteggiamenti tenuti dalla Francia nei confronti della Repubblica romana, occorre prendere le mosse dai principi che sembravano ispirare la rivoluzione del 1848, almeno negli intenti dei cd. républicains de la veille, quali furono esposti da Alphonse de Lamartine, nella sua veste di Ministro agli Affari esteri, l'8 marzo 1848, in un [Manifeste à l'Europe](#) destinato alle rappresentanze diplomatiche e dettato evidentemente dai sussulti rivoluzionari in corso fuori della Francia:*

“La République française n'intentera donc la guerre à personne. Elle n'a pas besoin de dire qu'elle l'acceptera, si on pose des conditions de guerre au peuple français. La pensée des hommes qui gouvernent en ce moment la France est celle-ci: Heureuse, la France si on lui déclare la guerre, et si on la contraint ainsi à grandir en force et en gloire, malgré sa modération ! Responsabilité terrible à la France si la République déclare elle-même la guerre sans y être provoquée ! Dans le premier cas, son génie martial, son impatience d'action, sa force accumulée pendant tant d'années de paix, la rendraient invincible chez elle, redoutable peut-être au-delà de ses frontières. Dans le second cas, elle tournerait contre elle les souvenirs de ses conquêtes, qui désaffectionnent les nationalités, et elle compromettrait sa première et sa plus universelle alliance: l'esprit des peuples et le génie de la civilisation. (...) Ainsi, nous le disons hautement: si l'heure de la reconstruction de quelques nationalités opprimées en Europe, ou ailleurs, nous paraissait avoir sonné dans les décrets de la Providence; si la Suisse, notre fidèle alliée depuis François Ier, était contrainte ou menacée dans le mouvement de croissance qu'elle opère chez elle pour prêter une force de plus au faisceau des gouvernements démocratiques; si les Etats indépendants de l'Italie étaient envahis; si l'on imposait des limites ou des obstacles à leurs transformations intérieures; si on leur contestait à main armée le droit de s'allier entre eux pour consolider une patrie italienne, la République française se croirait en

droit d'armer elle-même pour protéger ces mouvements légitimes de croissance et de nationalité des peuples”.

*Se, dunque, si comprende come l'inclinazione degli autentici repubblicani francesi fosse quella di difendere la neonata Repubblica romana dalle truppe austriache, anche per il timore che l'iniziativa asburgica facesse perdere ogni influenza francese nella Penisola, non può ignorarsi come ad essa facesse da contraltare l'avversità dei cattolici francesi alla detronizzazione del Papa.*

*In questo quadro, l'ambiguità dell'intervento francese che stava profilandosi non era sfuggita all'esponente della sinistra, il repubblicano progressista Alexandre Ledru-Rollin, il 24 febbraio 1849:*

“La première fois que j'adressai, il y a quelques semaines, mes interpellations, que me répondit-on? « C'est une insurrection sans racine dans le peuple, faite par quelques factieux ce n'est pas une révolution, c'est une émeute dont on aura bientôt raison. » Et je répliquai, moi « C'est une révolution aussi sainte que la révolution de Février. » L'avenir s'est chargé de justifier mes paroles, car l'avenir vous a appris, par l'organe d'une assemblée sortie du peuple tout entier, que la révolution était dans les vœux de la nation, et que la république était l'objet de ses vœux. Oui, malgré toutes les réclamations, la cause est souverainement jugée, et c'est aujourd'hui de l'histoire. Ah! oui, je comprends l'embarras du ministère; il doit être grand, en effet, puisqu'il semble résolu à faire le contraire de ce que veut la France. Ce qu'elle voulait, c'était qu'on portât au besoin la guerre au dehors, dans l'intérêt de la liberté des peuples; et, chose inouïe, c'est contre la liberté des peuples qu'on va la laisser faire car il n'y a plus à s'y tromper, au travers des réticences du ministère, c'est la guerre qu'on va laisser entreprendre au profit du chef de la religion catholique. Ah je le déclare, une guerre de religion au dix-neuvième siècle, ce sera quelque chose de monstrueux, et que la postérité ne saurait trop flétrir”.

*Come che fosse, il 16 aprile 1849, tutte le parti politiche della Costituente votarono assieme, ma evidentemente con motivazioni opposte, l'invio di un corpo armato a Roma.*

*Detto assai sinteticamente, un corpo di spedizione francese agli ordini del generale Nicolas Oudinot sbarcò il 24 aprile successivo a Civitavecchia, con lo scopo dichiarato di difendere la Repubblica (l'offerta di protezione non incantò Mazzini che la respinse, in quanto uno sbarco non richiesto non poteva considerarsi una missione di protezione), ma effettuando, già il 30 aprile, il tentativo di prendere Roma con un contingente di 3000 uomini, così rispondendo all'appello di Pio IX. La strenua resistenza delle truppe repubblicane comandate da Giuseppe Garibaldi indusse, tuttavia, Oudinot a temporeggiare, intavolando trattative con il Governo della Repubblica a mezzo del diplomatico, appositamente inviato da Parigi, Ferdinand de Lesseps (sì, proprio lui, quello che riuscirà nell'impresa di costruire il canale di Suez!).*

*Resasi evidente all'assemblea costituente (che, per vero, accogliendo la proposta di Jean-Pierre Rateau, aveva votato la sua dissoluzione già il 29 gennaio, ma era restata in carica fino alle prime elezioni legislative ordinarie fissate in un primo momento per il 19 marzo e di poi rinviate al 13 maggio) la doppiezza dell'iniziativa governativa, fu votata il 7 maggio una mozione di censura al Governo con 328 voti favorevoli e 241 contrari ma a pochi giorni dal congedo definitivo della Costituente e dalle elezioni legislative. Un identico successo non ebbe però la richiesta di messa in stato di accusa del Governo presentata l'11 giugno dal dianzi citato Alexandre Ledru-Rollin. Quest'ultimo, che il 13 giugno successivo capeggerà anche lo sfortunato tentativo insurrezionale in cui era sfociata la manifestazione di protesta per la politica repressiva della Francia nei confronti della Repubblica romana, ricorderà più tardi così l'episodio:*

*“Certes, si cette Assemblée s'était trouvée debout, dans son pouvoir souverain, [...] elle aurait fait jeter à Vincennes [il castello fortificato di Vincennes funzionava allora da prigione] le président et ses conseillers ; elle les aurait livrés à la justice nationale comme atteints et convaincus de haute trahison. Mais la Constituante n'existait plus, et quatre cents royalistes siégeaient sur ses bancs, jaloux de conclure et de porter contre la République romaine un coup fatal à la République française”.*

*In queste ultime elezioni, com'era stato ampiamente previsto, la maggioranza andò al Parti de l'Ordre: ciò che permise l'invio di considerevoli rinforzi in Italia (30.000 soldati complessivamente).*

*La Repubblica romana cadde definitivamente il 3 luglio, dopo alcuni scontri ed episodi di valore da parte italiana (vi trovarono in vario modo la morte, tra gli altri, Luciano Manara, Goffredo Mameli, Emilio Morosini ed Enrico Dandolo; la stessa Anita Garibaldi ne fu indirettamente, ma certamente vittima) e inganni da parte francese (à la guerre comme à la guerre?), che non trovano qui modo per essere men che accennati. Cadde essa per mano della Repubblica consorella, anticipando peraltro e precludendo alla caduta di questa stessa per mano del suo Principe-Presidente.*

*Come scrisse Victor Hugo, che, della Repubblica romana era stato un sostenitore,*

*“En 1849 Louis Napoléon avait assassiné la souveraineté du peuple dans la personne des représentants romains ; en 1851, il l'assassinait dans la personne de ses représentants français. C'était logique, et, quoique ce fût infâme, c'était juste. L'assemblée législative française portait à la fois le poids des deux crimes, complice du premier, victime du second”.*

*5. La Costituente romana, che avrebbe dovuto sulla carta essere composta da 200 membri (ma mancavano i deputati del beneventano, non eletti perché occupato dai Borbone), si era insediata, sotto la presidenza di Giuseppe Galletti, l'8 febbraio. Essa aveva lavorato attribuendo ad una commissione, il 12 febbraio, il compito di stendere il progetto preliminare, strutturandosi poi in otto*

sezioni specializzate per materia. Il progetto elaborato dalla commissione venne illustrato all'Assemblea il 17 aprile 1849 dal relatore Cesare Agostini che ne era stato magna pars. Vi seguì la presentazione il 10 giugno all'Assemblea di un più avanzato progetto, questa volta, da parte di Aurelio Saliceti, che ne fu il relatore e l'invio del progetto stesso alle predette sezioni.

Una commissione formata, questa volta, dai presidenti delle sezioni, che poi confluirà con la predetta commissione istruttoria in una commissione unica, intervenne per completare l'elaborato. Il 16 giugno ebbe inizio la discussione fino a che non si ebbe l'approvazione finale del [testo](#) da parte del plenum il 2 luglio 1849.

La [Costituzione](#) venne promulgata dalla Loggia del Campidoglio il 3 luglio (pubblicata lo stesso giorno sul n. 150 del [Monitore Romano, Giornale Ufficiale della Repubblica](#), intendendo evidentemente farla entrare in vigore senza indugi) mentre ormai Roma era perduta per mano francese, ma non inutilmente come sapevano i suoi autori in quanto messaggio inviato verso un avvenire ormai non troppo lontano. Già mentre la sede della Costituente era oggetto di un pesante bombardamento, Aurelio Saliceti aveva esclamato: "Lanciate le vostre leggi nel fragore della battaglia come il legislatore del Sinai dava le tavole al popolo suo nel fragore della procella; e la nostra Costituzione repubblicana, sigillata dal sangue dei martiri che la Francia repubblicana ci uccide, sarà eterna come la legge di Dio".

Si noti, peraltro, che l'Assemblea aveva dovuto nel frattempo operare anche come un ordinario Parlamento, occupandosi degli affari correnti (tra le misure subito adottate si citano la confisca dei beni ecclesiastici, la soppressione del Santo Offizio, l'abolizione della censura sulla stampa, l'introduzione dello stato civile e l'istituzione del matrimonio civile. Si provvederà inoltre a potenziare gli studi universitari, ad abrogare l'esclusione delle donne dalla linea successoria, ad abolire la tassa sul sale e a votare la riforma agraria, deliberandosi di destinare le terre di proprietà degli ecclesiastici alle famiglie più povere).

L'organismo si era anche posto come controllore del Governo, designato per la prima volta il 15 febbraio 1849 (Presidente del Consiglio e Ministro dell'Istruzione pubblica, il già evocato Carlo Emanuele Muzzarelli; agli Interni, Aurelio Saffi; agli Affari esteri, Carlo Rusconi; alla Giustizia, Giovita Lazzarini; alla Finanza, Ignazio Guiccioli; alla Guerra, Pompeo di Campello, e, ai Lavori pubblici, Pietro Sterbini).

Al vertice dello Stato (una sorta di Presidenza collegiale) perdurava la Giunta provvisoria che, il 16 successivo, risultava composta da Carlo Armellini, Mattia Montecchi e Aurelio Saliceti, ma che, già, il 19 marzo, si volle rafforzare sostituendola con un vero e proprio Triumvirato composto ancora da Carlo Armellini, nonché da Aurelio Saffi e Giuseppe Mazzini.



*Si è detto del clima generale che contraddistinse i lavori preparatori della [Costituzione](#): va detto ora che esso non compromise il lavoro di riflessione e di approfondimento dei vari temi, anche perché erano chiari ai Costituenti i modelli, nonché le peculiarità della neonata Repubblica; i principi da adottare, gli obiettivi da perseguire, così come le incompatibilità e i pericoli per un nascente sistema democratico e repubblicano.*

*Il [testo costituzionale](#) comprendeva 69 articoli ripartiti tra Principi generali, sette Titoli e alcune Disposizioni transitorie.*

*Circa i Principi, benché ne sia generalmente evidente l'ascendenza rivoluzionaria francese, ne risaltano parimenti i caratteri di originalità. In ogni caso (e non può sorprendere) è incommensurabile la cesura con la precedente, breve, esperienza costituzionale dello [Statuto fondamentale](#) di Pio IX. Come questo ruotava intorno alla figura del Pontefice romano, la [Costituzione](#) repubblicana fece questi oggetto di mera considerazione nell'ultimo dei Principi preliminari, dove al Principio VIII si disse, costituzionalizzando così una disposizione già presente nel [Decreto fondamentale](#), che il Capo della Chiesa Cattolica avrebbe avuto dalla Repubblica tutte le guarentigie necessarie per l'esercizio indipendente del potere spirituale. Inutile ribadire come la soluzione venisse sdegnosamente respinta dal Papa insieme al generale contesto repubblicano: se lo ricordiamo è per rimarcare l'analogia con quanto avverrà dopo la debellatio da parte italiana dello Stato pontificio nel 1870, cui seguirà la cd. [legge "Delle Guarentigie" del 13 maggio 1871, n. 214](#), intesa ad assicurare la libertà di azione del Papa, ma anche questa fu respinta (la scomunica era già stata irrogata).*

*D'altro canto, è comprensibile come la piena indipendenza ritenuta necessaria al Capo della cattolicità potesse essere garantita solo da una sua materiale condizione di sovranità: quale si realizzerà solo con il [Trattato del Laterano del 1929](#) (ma la Costituzione repubblicana si spingerà oltre, riconoscendo, nel l'art. 7, la sovranità anche alla Chiesa cattolica "nel suo proprio ordine": l'affermazione unilaterale del reciproco poteva non essere necessaria).*

*Quanto al fattore religioso in genere, la [Costituzione](#) qui evocata ne faceva, nel Principio VII, implicitamente una questione di privata libertà, irrilevante per la sfera pubblica ("Dalla credenza religiosa non dipende l'esercizio dei diritti civili e politici"), laddove in precedenza si sarebbe richiesto "la professione della Religione cattolica, la quale è condizione necessaria pel godimento dei diritti politici nello Stato" (art. 25 dello [Statuto fondamentale di Pio IX](#)). Quest'ultima circostanza, peraltro, deponiva a favore, da un lato, della laicità dello Stato, e, dall'altro, dell'eguaglianza dei cittadini sotto ogni profilo già prefigurata nel Principio II. Tuttavia, vale la pena di sottolinearlo, il nuovo ordinamento costituzionale non si professava agnostico, ma precisamente anticlericale (il clero visto anche come una casta), dal momento che l'art. 32*

*prescriveva che le leggi adottate dall'Assemblea fossero promulgate dal Consolato in nome di Dio e del popolo nel più puro spirito deista nella sua intonazione mazziniana.*

*Il punto consente di rimarcare l'influenza esercitata nell'elaborazione della [Costituzione](#) da uno dei più illustri dei Costituenti, ossia Giuseppe Mazzini. Al di là, infatti, della possibilità o meno di misurarne l'esatta latitudine (per cui i pareri sono discordi), è indubbio che la sua visione abbia pesato almeno sulla formulazione del Principio IV che recitava: "La Repubblica riguarda tutti i popoli come fratelli: rispetta ogni nazionalità: propugna l'italiana", dove il tipo di fratellanza non sembra propriamente richiamare quello di carattere individuale e di origine rivoluzionaria espressa nel Principio II, ma appunto l'idea mazziniana in certo modo già espressa dal grande Genovese in una lettera del dicembre 1834: "L'epoca passata, epoca che ha finito con la Rivoluzione francese, era destinata ad emancipare l'uomo, l'individuo, conquistandogli i dogmi della libertà, dell'uguaglianza, della fratellanza; l'epoca nuova è destinata a costituire l'umanità [...], è destinata a organizzare un'Europa di popoli liberi, indipendenti quanto alla loro missione interna, associati fra loro a un intento comune, sotto la divisa: libertà, uguaglianza, umanità".*

*La stessa influenza non ebbe forse bisogno di esercitarsi sul Principio fondamentale I con cui si costituzionalizzava il già avvenuto cambiamento di regime politico e della forma di Stato, per cui "La sovranità è per diritto eterno nel popolo. Il popolo dello Stato Romano è costituito in repubblica democratica", a cui accede il Principio II per cui "Il regime democratico ha per regola l'eguaglianza, la libertà, la fraternità. Non riconosce titoli di nobiltà, né privilegi di nascita o casta": qui l'attenzione va posta soprattutto sulla connotazione popolare della sovranità, ossia un corpo concreto di persone dalla cui volontà collettiva opportunamente incanalata e regolata prende origine l'azione dello Stato, lasciandosi quindi da parte etichette ritenute equivoche se non deputate alla subalternità dell'elemento popolare come quella di sovranità nazionale.*

*È stata poi sottolineata l'ispirazione che denota il Principio III, per cui "La Repubblica colle leggi e colle istituzioni promuove il miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini", ossia quella dell'eguaglianza sostanziale, che costituisce più un obiettivo costituzionale che un riconoscimento e che anticipa di un secolo quanto sarà dichiarato nel comma 2 dell'art. 3 della Costituzione repubblicana attuale.*

*La disposizione imprimeva così alla Repubblica romana una fondamentale connotazione in senso sociale.*

*Un'altra peculiarità era rappresentata dal riguardo tenuto nei confronti delle realtà locali, a cui furono dedicati ben due degli otto Principi fondamentali: il V, secondo cui "I Municipii hanno tutti eguali diritti: la loro indipendenza non è limitata che dalle leggi di utilità generale dello Stato"; ed il VI, del seguente tenore: "La più equa distribuzione possibile degli interessi locali, in armonia*

coll'interesse politico dello Stato è la norma del riparto territoriale della Repubblica". *Impossibile non rilevarvi già raffinate moderne soluzioni circa il rapporto tra centro e periferia, quali l'intento del riequilibrio territoriale nel quadro del pari rango di ciascuna comunità; la prevalenza sull'interesse locale dell'interesse generale accertato con legge; il principio dell'armonia da ricercarsi tra centro e periferia, scartando soluzioni pregiudizialmente centraliste.*

*Anche se certamente non può negarsi la similitudine di alcuni dei Principi fondamentali con affermazioni recate dal Preambolo [della Costituzione francese della coeva Seconda repubblica](#) (si pensi alla formula per cui la Repubblica francese "a pour principe la Liberté, l'Egalité et la Fraternité" dell'[art. IV](#), e quella per cui essa "respecte les nationalités étrangères" dell'[art. V](#)), occorre anche rilevare come taluni Principi recavano soluzioni che non avrebbero potuto trarre ispirazione dal costituzionalismo francese, considerato il quadro istituzionale centralistico e privo di condizionamenti clericali in cui esso si collocava.*

*Assai visibile è invece la derivazione transalpina del Titolo I almeno nella parte riguardante i Diritti poiché per i Doveri è particolarmente a Mazzini che va volta l'attenzione.*

*Il cospicuo catalogo riguardava l'acquisto e la perdita della cittadinanza (artt. 1 e 2), l'inviolabilità della persona così come quella della proprietà (art. 3): questa tuttavia sottoponibile a espropriazione per causa di pubblico interesse e previa la corresponsione di una giusta indennità (art. 13); la facoltà di arresto solo in flagranza di delitto, necessitando altrimenti un provvedimento giudiziale; la "naturalità" del giudice (si noti la perfetta consonanza con l'art. 4 dell'anzidetta [Costituzione](#) "Nul ne sera distrait de ses juges naturel") e l'esclusione che costui potesse avere origine eccezionale; l'abolizione del carcere per debiti (art. 4), l'abolizione sia della pena di morte sia della misura della confisca (art. 5); la sacralità del domicilio e la sottoposizione alla riserva di legge delle possibili eccezioni (art. 6); il diritto individuale o collettivo di petizione (art. 10); la libertà di associazione e il divieto delle associazioni armate e a delinquere (art. 11); la riserva alla legge dell'imposizione e la non ultrattività di questa oltre il tempo determinato dalla legge stessa (art. 14, c. 2). In successive disposizioni si contemplava il raggiungimento della capacità giuridica ed il conseguimento dell'elettorato attivo a 21 anni (quello passivo a 25) (art. 17); e la qualificazione del voto come universale, diretto, oltreché, con previsione singolare, pubblico (art. 20).*

*L'organizzazione costituzionale dello Stato, a cui all'inizio s'è già accennato, teneva sostanzialmente in conto la formula della tripartizione dei poteri, tutti derivanti (art. 15) dall'unica volontà popolare ("Ogni potere viene dal popolo. Si esercita dall'Assemblea, dal Consolato, dall'Ordine giudiziario").*

*Il potere legislativo (ma anche, se del caso, quello regolamentare ex art. 48) era così incardinato sull'Assemblea, regolata prioritariamente nel Titolo III (in maniera innovativa venivano fatte rifluire*

*nella competenza parlamentare materie tradizionalmente appannaggio delle Corone e dei loro Governi, ossia la pace, la guerra e i trattati ex art. 29). Inoltre, si trattava di un sistema parlamentare monocamerale con legislature di durata triennale.*

*Ai tre componenti del Consolato spettava l'esercizio collegiale del potere esecutivo, mediante la nomina di un governo composto da sette ministri (Titolo IV), con l'eventualità sia per i Consoli, sia per i Ministri di essere posti in stato d'accusa con legge dell'Assemblea davanti al Tribunale Supremo di giustizia, di composizione togata e popolare assieme (art. 55).*

*Un Consiglio di Stato, di cui è superfluo sottolineare l'ascendenza francese, eletto dall'Assemblea (Titolo V), assolveva al compito di organo consultivo nei confronti del Governo ed anche regolamentare su delega della stessa Assemblea.*

*Il potere giudiziario (Titolo VI) doveva esercitarsi da giudici nominati dai Consoli nel Consiglio dei ministri (evidente il risalto dato qui alla loro veste di funzionari). L'indipendenza dei suoi componenti (considerati qui come giudici) era garantita dalla loro inamovibilità salvo il loro consenso o in seguito a sentenza che diversamente disponesse. Era previsto che nelle cause "criminali" ai giudici togati, cui spettava l'applicazione della legge, si affiancassero giudici popolari per la valutazione del fatto (art. 53).*

*La forza pubblica (Titolo VII) era distribuita tra l'esercito deputato alla difesa nazionale e la guardia nazionale incaricata del mantenimento dell'ordine interno e – si noti – della stessa [Costituzione](#).*

*Non c'è modo di entrare qui nei dettagli che pure meriterebbero di essere descritti e approfonditi: fortunatamente in proposito esiste già una valorosa dottrina. Tuttavia ancora qualche cenno va dedicato ad un istituto che non comparve più nel progetto finale, ma era previsto in quello iniziale (uguale sorte, va detto per completezza, ebbe la previsione della dittatura di tipo commissario, ossia il Tribunato, composto di 12 membri eletti a suffragio universale per un periodo di 5 anni e rieleggibili, con attribuzioni di controllo e di garanzia sul legislativo e sull'esecutivo, ma di cui sembra soprattutto utile mettere in evidenza quelle relative alla costituzionalità delle leggi. Sulle ragioni del suo abbandono molto si è discusso: al di là delle ragioni allegate nell'Assemblea costituente romana (ossia l'inutilità dell'organo in quanto non vi sarebbe stata una classe prevalente da controllare e il pericolo di impaccio per il ritardo possibile nelle procedure) è comunque certamente da ricordare il negativo rendimento avuto durante l'esperienza rivoluzionaria francese del controllo sulle leggi, piegato perlopiù a contenere le pulsioni popolari che le leggi stesse esprimevano nella camera più democraticamente caratterizzata.*

*Ritornando, alla fine di questa schematica descrizione, sulla natura rigida della [Costituzione](#), ricordiamo che la sua revisione si presentava come particolarmente elaborata (Titolo IX), dovendosi,*

*in un primo momento, aspettare l'ultimo anno della legislatura, allorché avrebbe potuto essere domandata da almeno un terzo dei parlamentari. Se l'Assemblea avesse accolto la proposta con due successive deliberazioni adottate con l'intervallo di due mesi, sarebbe stata eletta un'apposita Assemblea costituente composta di tanti membri in ragione di uno ogni 15 mila abitanti per la durata di un massimo di tre mesi, durante cui avrebbe svolto anche le funzioni di un'assemblea legislativa.*

*Si noti, che, a tenore di una delle Disposizioni transitorie (art. 66), all'esecuzione della Costituzione avrebbe dovuto provvedere, come nel [modello francese](#), la stessa Assemblea Costituente, approvando la legge elettorale e le "altre leggi organiche necessarie". Anche se queste ovviamente non videro mai la luce, si trattò anche qui di un progresso rilevante per l'epoca a fronte di sistemi delle fonti ancora abbastanza semplificati intesi soprattutto a riflettere il dualismo politico tipico della monarchia costituzionale.*

*Un secolo più tardi, Meuccio Ruini, Presidente della Commissione per la Costituzione dell'Assemblea costituente repubblicana poteva solennemente dichiarare: "Formulare oggi una Costituzione è compito assai grave. Dopo le meteore di quelle improvvisate sulla scia della Rivoluzione francese e delle altre del Risorgimento, concesse dai sovrani – tranne una sola luminosa eccezione, la costituzione romana di Mazzini, alla quale noi ci vogliamo idealmente ricongiungere – è la prima volta, nella sua storia, che il popolo italiano, riunito a Stato nazionale, si dà direttamente e democraticamente la propria costituzione" (Relazione al Progetto di Costituzione della Repubblica italiana, presentata alla Presidenza il 6 febbraio 1947).*

## *Anniversario*

*11 agosto 1919 – 1° agosto 2019*

### **Litt die Weimarer Republik an einem Geburtsfehler?**

1. A differenza di quasi tutte le altre rievocazioni effettuate sinora in queste rapide memorie, la Costituzione qui ricordata è già stata oggetto di ampie celebrazioni non solo in Germania, ordinamento a cui essa si riferisce, ma più in generale nella pubblicistica giuridica di molti Paesi, compresa beninteso l'Italia.

Oggetto della nostra attenzione è infatti il centenario, coincidente con la data dell'11 agosto, giorno in cui il Presidente del Reich Friedrich Ebert promulgò dalla sua villeggiatura di Schwarzbourg la cd. *Costituzione di Weimar*: più esattamente la Costituzione dell'Impero tedesco dell'11 agosto 1919, meglio conosciuta col nome, goethiano e schilleriano insieme, della città della Turingia che ebbe ad ospitare l'Assemblea costituente a decorrere dal 6 febbraio 1919, dopo la sua elezione il 25 gennaio precedente. L'11 agosto divenne più tardi a Weimar anche la festa nazionale della Repubblica, per essere poi abolita dal regime nazista del III Reich.

Questa *Costituzione*, com'è abbastanza noto, ebbe a durare poco meno di tre lustri, ossia fino al 1933, producendo non solo uno specifico ordinamento, ma battezzando un'intera epoca in cui, accanto all'estremo pluralismo politico, esistette un non meno vivace pluralismo culturale che diede frutti cospicui particolarmente nell'arte, nella letteratura e nel cinema (basti citare qui i nomi di Thomas Mann, Bertolt Brecht, George Grosz e Fritz Lang).

Non volendo, tuttavia, esulare dal nostro principale intento, occorre subito ricordare con la necessaria sintesi il quadro politico-istituzionale in cui il progetto di questa *Costituzione* venne a (rapida) maturazione.

Può dirsi, dunque, che la fase temporale considerata aveva preso avvio dal disfacimento del Reich tedesco, quale si era formato con la salita in potenza della Prussia: ascesa realizzatasi particolarmente ai danni dell'Austria asburgica addirittura militarmente sconfitta nella guerra del 1866 (corrispondente alla Terza Guerra d'Indipendenza del Risorgimento nazionale: in quell'occasione, com'è noto, l'alleanza con la Prussia condusse un po' rocambolescamente all'acquisizione del Veneto e di Venezia). Ma alla crescita come grande Potenza della Prussia doveva contribuire da lì a poco anche la sonora disfatta inflitta alla Francia di Napoleone III: circostanza che, tra l'altro, fornì a Guglielmo I e al suo Cancelliere Otto von Bismark, l'occasione per proclamare, il 18 gennaio 1871, proprio nella Versailles occupata, la nascita dell'Impero tedesco (il secondo Reich dopo quello fondato da Ottone I nel 925), attribuendo a Guglielmo anche il titolo di Kaiser.

La *Costituzione* che ne seguì, il 16 aprile 1871, come sostanziale trasformazione della *Costituzione della Confederazione tedesca del nord*, fu dunque quella che precedette immediatamente *quella qui riguardata*, che anzi l'abrogò espressamente nel suo art. 178.

*La Costituzione di Bismarck, come poi fu chiamata, rifletteva, infatti, di questi fedelmente la visione politica di stampo autoritario: priva, a parte sporadici ed indiretti riferimenti, di previsioni circa i diritti dei cittadini tedeschi, forse più propriamente sudditi e certamente non depositari della sovranità statale, essa allestiva uno Stato federale in cui peraltro la Prussia tendeva a conservare una posizione egemonica. La Costituzione, inoltre, illustrava dettagliatamente la posizione suprema del Kaiser nelle materie attribuite alla Federazione, il cui diritto, a sua volta, sovrastava quello dei vari principati (Reichsrecht bricht Landesrecht), a cui pure erano stati mantenuti poteri e forma di governo.*

*Non è certo il caso di rammentare qui le vicende belliche che nel primo conflitto fiaccarono in modo estremamente grave la Germania di Guglielmo II (che era succeduto al padre il 9 marzo 1888 e aveva costretto l'anno successivo Bismarck alle dimissioni). Nella serie invece dei Cancellieri presso cui l'ultimo degli Hohenzollern cercò sostegno, rileva qui la figura di Max von Baden, nominato da Guglielmo II sul finire della guerra il 3 ottobre 1918 con l'assenso dei due generali, Paul von Hindenburg e Erich Ludendorff, che avevano di fatto guidato fino ad allora la volontà imperiale, ma soprattutto col beneplacito del Presidente degli Stati Uniti Woodrow Wilson, che si supponeva non ostile ad un uomo, appunto il von Baden, che si era pronunciato contro quella stessa guerra sottomarina che aveva determinato gli americani ad intervenire militarmente a fianco della "Triplice" contro gli Imperi centrali in Europa.*

*Il gabinetto von Baden ebbe una durata effimera (appena trentotto giorni), esaurendo la sua esistenza il 9 novembre 1918, ma sotto di esso fecero a tempo a svolgersi vicende costituzionali e politiche di enorme rilievo, tra cui le cd. **Oktobereformen del 28 ottobre**, tese a liberalizzare la forma di governo, l'ammutinamento del 4 novembre a Kiel della flotta non disposta ad un ultimo "viaggio della morte" contro gli inglesi organizzato per puro puntiglio (dando così origine alla cd. Novemberrevolution), la stessa abdicazione del Kaiser il 9 novembre richiesta particolarmente dagli Stati Uniti come condizione per addivenire all'armistizio.*

*La riforma costituzionale del 28 ottobre 1918 fu, infatti, voluta dallo stesso von Baden, che, benché scelto perché uomo legato socialmente e militarmente al Reich (era l'erede al trono del Baden), aveva da subito mostrato deferenza nei confronti del Bundestag (del resto, come fu detto, solo una "rivoluzione dall'alto" avrebbe potuto prevenire "una rivoluzione dal basso" come quella sovietica), dalla cui maggioranza volle essere appoggiato, accogliendo, per la prima volta, anche esponenti della socialdemocrazia tedesca nel suo Gabinetto. Del resto, la revisione del testo imperiale del 1871 non faceva altro che costituzionalizzare la già avvenuta trasformazione della monarchia (moderatamente) limitata del Reich in una moderna monarchia parlamentare sull'esempio inglese.*

*Trasformazione, quest'ultima, che se raggiunse l'effetto voluto di far sedere la Germania sconfitta alle trattative di pace con un volto democratico, non fu però sufficiente a stabilizzare una situazione entrata ora in una fase apertamente rivoluzionaria in città importanti come a Monaco, dove il 7 novembre cadde il primo trono tedesco, e nella stessa Berlino, dove il 9 novembre ebbe luogo un'imponente*

*manifestazione unitaria di operai e soldati desiderosi dell'instaurazione della pace e della fine della monarchia autoritaria.*

*L'aggravarsi della situazione, ormai irreversibile agli occhi di von Baden, indusse costui a dare la falsa notizia dell'abdicazione del Kaiser (che in effetti abdicò nella giornata per esiliarsi in Olanda) e della rinuncia del principe ereditario (venne emanato il singolare [Erlaß des Reichskanzlers Prinz Max von Baden über die Abdankung des Kaisers Wilhelm II](#)), e, mettendo da parte il Kaiser stesso, a passare la mano direttamente all'esponente di primo piano della socialdemocrazia tedesca Friedrich Ebert, che si affrettò a darne notizia con un appello "[An die deutschen Bürger](#)".*

*3. Lo stesso giorno di questo anomalo passaggio di consegne, un altro importante esponente della medesima parte politica, Philipp Scheidemann, proclamava la "repubblica tedesca", spiazzando lo stesso Ebert e battendo sul tempo la proclamazione di una "repubblica socialista" da parte di Karl Liebknecht, rimasto impigliato nel traffico causato dal cattivo tempo.*

*Ebert venne messo a capo del nuovo governo provvisorio (Rat der Volksbeauftragten, che cesserà di esistere solo col primo Governo stabile della neonata repubblica il 13 febbraio 1919). Il Gabinetto presieduto da Ebert poggiava sull'accordo tra il partito socialdemocratico dello stesso Ebert (Mehrheitssozialdemokratische Partei Deutschlands-MSPD) e il partito socialdemocratico nato nel 1917 da una scissione causata da gravi dissensi sulla conduzione della guerra (Unabhängige Sozialdemokratische Partei Deutschlands-USPD), a cui aveva aderito anche il movimento di Rosa Luxemburg e Karl Liebknecht, Spartakusbund, di orientamento marxista e rivoluzionario. Nel governo il MSPD tenne i dicasteri più importanti, mentre ad Emil Eichorn del USPD venne attribuito il comando della polizia di Berlino. Tra i suoi primi atti, il nuovo governo con un peculiare proclama ([Aufruf des Rates der Volksbeauftragten an das deutsche Volk](#)) del 12 novembre provvide, tra l'altro, con forza di legge (mit Gesetzeskraft), a cancellare lo stato d'assedio, a ripristinare la libertà di associazione e di riunione (anche per i dipendenti pubblici), ad abolire la censura, a proclamare la libertà di manifestazione del pensiero e religiosa e a ripristinare le garanzie dei lavoratori abrogate all'inizio della guerra:*

*Come capo del Governo, Ebert provvide a sottoscrivere l'armistizio con le forze alleate e associate, l'11 novembre, a bordo di un vagone militare in sosta nella stazione francese di Rethondes (questa data sarà proclamata in Francia festa nazionale analogamente al nostro 4 novembre che ricorda, a sua volta, [l'armistizio di Villa Giusti tra l'Italia e l'Austria](#)).*

*4. Non mette conto di seguire oltre gli sviluppi diplomatici che portarono alla [stipula della vera e propria pace da parte della Germania repubblicana a Versailles il 28 giugno 1919](#), né degli strascichi delle sue clausole economiche e territoriali, generalmente ritenute aver propiziato la presa del potere da parte del nazismo. Va tuttavia ricordato, per quanto qui maggiormente interessa, che la [Costituzione di](#)*



*Weimar ne fu condizionata temporalmente e nell'art. 178 il Trattato venne fatto quasi come una fonte giuridica superiore.*

*Tornando, dunque, subito al fatidico novembre 1918, le due proclamazioni repubblicane palesavano icasticamente la spaccatura fondamentale lasciata in eredità dalla caduta degli Hohenzollern: v'erano, da un lato, infatti, coloro che si riconoscevano nelle forze parlamentari della socialdemocrazia e dei liberali di centro e di sinistra (la maggioranza politica del vecchio Bundestag), desiderosi di un cambio istituzionale di segno democratico e non del sovvertimento radicale della struttura sociale ed economica della società tedesca; e v'era, dall'altro, l'insieme dei movimenti politici della sinistra estrema, antiparlamentare ed orientata esplicitamente alla replica dell'esperienza della Rivoluzione russa di ottobre. L'acme tragico di un tale confronto si ebbe nella cd. settimana di sangue dal 6 al 13 gennaio 1919, a cui si giunse ad armi del tutto impari.*

*Ancor prima della fine del conflitto, gli esponenti della socialdemocrazia tedesca ebertiana erano, infatti, riusciti subito nell'intento di costruire un'alleanza con le forze militari (cd. Ebert-Groener-Pakt) ed economiche del Paese. Così come nel governo provvisorio, tali esponenti costituivano la maggioranza all'interno del Vollzugsrat des maggiormente il suo ruolo includendo anche rappresentanti provenienti da altre parti della Germania (la critica era che fosse completamente berlinese). Tuttavia l'azione dell'organismo risultava compromessa nella sua efficacia dalla profonda differenza di visione politico-istituzionale tra i filoparlamentari alla Ebert e i fautori di una democrazia dei consigli (sulla traccia sovietica) delle ale più estreme, per cui si tenterà più tardi un riconoscimento costituzionale anche a Weimar (ne rimarrà traccia nell'art. 165). Ma la già dubbia influenza dell'organismo era intanto venuta del tutto meno con l'istituzione del Reichskongress der Arbeiter- und Soldatenräte il 15 dicembre 1918.*

*Il Reichskongress nacque dalla volontà dello stesso Vollzugsrat di creare un centro rappresentativo di coordinamento e di finalizzazione dell'azione dei numerosi consigli di lavoratori e soldati sorti durante la rivoluzione di novembre in diverse città tedesche. Fu così che dal 16 al 21 dicembre 1918, il Reichskongress venne costituito e lavorò con l'invio da parte dei consigli di 500 delegati, i due terzi dei quali appartenevano però ai socialdemocratici di Ebert, un centinaio ai socialdemocratici scissionisti e solo una decina allo Spartakusbund.*

*La deliberazione più importante del nuovo organismo fu la fissazione delle già evocate elezioni per l'Assemblea costituente al 19 gennaio successivo, ovviamente dopo che il partito favorevole alla democrazia dei consigli era stato ampiamente battuto.*

*Tuttavia, il cruciale evento non mise fine al confronto tra le parti avverse dando luogo dal 23 al 25 dicembre a sommosse violente e sanguinose, in cui il Governo si avvalse dell'opera repressiva dei cd. Freikorps, milizie aggregate all'esercito e composte di reduci nostalgici, avventurieri ed emarginati dalla vita civile, di orientamento spietatamente anticomunista. Ciò che produsse l'indignazione e l'uscita dal governo il 28 dicembre della componente socialdemocratica scissionista (gli*

*esponenti dello Spartakusbund avevano già a loro volta abbandonato tale componente dopo l'insuccesso riportato al Reichskongress).*

*Ma una seconda più grave crisi sarebbe da lì a poco sopravvenuta con la proclamazione da parte degli spartakisti, costituitisi a Capodanno del 1919 nel Kommunistische Partei Deutschlands, dello sciopero generale in risposta al licenziamento del capo della polizia, il già ricordato Emil Eichhorn, esponente dell'ala sinistra dell'USPD, reo di non aver collaborato alla repressione dei marinari in sciopero nella sommossa di Natale.*

*La grande adesione allo sciopero diede però l'illusione ai dirigenti che fosse arrivata l'ora e l'occasione di un colpo di Stato, anche con l'obiettivo di impedire l'elezione dell'Assemblea costituente. Di qui l'occupazione di parti del centro di Berlino specie dove erano allocate le redazioni giornalistiche e la dichiarazione che il governo doveva considerarsi destituito. Fatti che suscitarono una reazione sanguinosa da parte delle forze governative (e ancora i famigerati Freikorps) in quella che è ricordata appunto come la settimana di sangue non senza allusione all'analoga settimana con cui era stata repressa la Comune di Parigi nel 1871. Nel contesto di questa vera e propria carneficina, furono anche assassinati Rosa Luxembourg e Karl Liebknecht.*

*In questo clima da stato d'assedio (ma scioperi ed episodi cruenti si ripeteranno almeno fino all'estate 1919), dato che Berlino non offriva le necessarie garanzie di tranquillità e sicurezza e dopo aver scartato Erfurt per ragioni militari, solo pochi giorni dopo la fine dello Spartakusaufstand, il 19 gennaio, si aprì a Weimar (ma anche per circolare in questa città furono adottate restrizioni il 1° febbraio mediante un'ordinanza [über die Beschränkung des Aufenthalts in Weimar während der Dauer der deutschen verfassunggebenden Nationalversammlung](#)) l'Assemblea costituente che avrebbe prodotto la [Costituzione](#) qui ricordata.*

*Ma prima di soffermarci ad illustrare, sia pure rapidamente, le caratteristiche di questa [Costituzione](#), non si avrebbe una sufficiente, anche se certamente non esaustiva, cognizione della situazione se non fosse evocata l'altra consistente vicenda insurrezionale anch'essa già accennata, e che vide il suo svolgimento, in pratica contemporaneità coi lavori della Costituente, lontano da Berlino, ossia nella Baviera già governata dai Witteslbach (il re bavarese Ludwig III, come ricordato era stato il primo dei regnanti tedeschi a dover abbandonare il trono già il 7 novembre, avendo dovuto abdicare con l'avvento della Repubblica) dal 7 aprile al 3 maggio 1919.*

*In essa ([Bayerische Räterepublik](#)) parvero prendere concretezza le aspirazioni spartakiste con la creazione di una Repubblica bavarese dei soviet. A capo dell'insurrezione bavarese, cominciata con la proclamazione della Repubblica, v'era stato il filosofo e giornalista (ma l'elenco è limitativo), appartenente all'ala di sinistra della socialdemocrazia, Kurt Eisner. Egli tuttavia non aveva fatto in tempo a vedere la proclamazione della Repubblica dei soviet, venendo assassinato il 21 febbraio 1919. Questo, che doveva rivelarsi un assai effimero regime, venne infatti proclamato nella notte tra il 6 e il 7 aprile, contemporaneamente allo scioglimento del Landtag e la decadenza del governo rivoluzionario preseduto da Johannes Hoffmann, che era*

succeduto a Kurt Eisner, dopo la morte di questi. La proclamazione della nuova repubblica portava la firma di Ernst Niekisch, mentre la guida del governo venne assunta da Ernst Toller con una compagine più incline agli ideali anarchici che a quelli socialisti, ma soprattutto impreparata ad affrontare i gravi problemi reali della neonata repubblica. L'incompetenza e l'improvvisazione del ministero lo farà passare alla storia come quello dei Kaffee-Anarchisten. Ma soprattutto aprirà le porte ad una seconda fase della Repubblica diretta dai comunisti rivoluzionari Eugen Leviné et Max Levien (furono di fatto riconosciuti dallo stesso Lenin), che però venne soffocata nel sangue dai soliti Freikorps. L'assassinio di Gustav Lauder il 2 maggio marca con un simbolismo tragico la fine dell'esperienza bavarese. La normalità istituzionale seguirà all'entrata in vigore della *Costituzione* di Weimar il 14 agosto 1919, lo stesso giorno della sua pubblicazione.

6. Le elezioni per la Costituente sul cui svolgimento si erano giocati tanti degli affronti accennati, riguardarono tutto il territorio del Reich ad eccezione dell'Alsazia-Lorena e della Posnania, in procinto di essere attribuite, rispettivamente, alla Francia ed alla Polonia. La normativa per la sua elezione risaliva al 30 novembre 1918 (*Verordnung über die Wahlen zur verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung – Reichswahlgesetz*): si era previsto un sistema basato sui principi della rappresentanza proporzionale, attribuendosi il diritto di voto, personale, eguale e segreto, agli uomini e alle donne che avessero raggiunto l'età di 25 anni; agli stessi soggetti era attribuito l'elettorato passivo alla condizione che risiedessero in Germania da almeno un anno. Un Codice elettorale (*Wahlordnung für die Wahlen zur verfassunggebenden deutschen Nationalversammlung*) adottato il medesimo giorno aveva completato questa disciplina.

L'assemblea eletta era composta di 421 componenti (433 in origine da cui vennero defalcati i 21 attribuiti all'Alsazia-Lorena): i socialdemocratici di Ebert detenevano la maggioranza relativa con 163 seggi, che uniti ai 91 seggi del Centro (Zentrum o Christliche Volkspartei) e ai 75 seggi dei liberali (Deutsche demokratische Partei) superavano la maggioranza assoluta richiesta per validamente deliberare (sarà ricordata come la coalizione di Weimar). Sulla sinistra sedevano i 22 deputati conseguiti dai socialdemocratici scissionisti, mentre non v'era alcun rappresentante del neonato partito comunista che del tutto coerentemente non aveva partecipato alle elezioni. Sulla destra 19 seggi appartenevano ai popolari (Deutsche Volkspartei) e 44 ai conservatori (Deutschnationale Volkspartei). I restanti 7 seggi erano stati conseguiti da formazioni locali (Bayerischer Bauernbund: 4, Deutsch-hannoversche Partei: 1, Schleswig-holsteinische Bauern- und Landarbeiter-Demokratie: 1 e Braunschweigischer Landeswahlverband: 1). Riunitasi la prima volta il 6 febbraio e inaugurata con un discorso solenne di Ebert, alla sua presidenza l'assemblea elesse il socialdemocratico ebertiano Eduard David, ma appena il 14 febbraio successivo gli subentrò Konstantin Fehrenbach del Centro. Eduard David entrò infatti a far parte del primo governo weimariano reggentesi sulla stessa maggioranza politica della costituente sotto la presidenza di Philipp Scheidemann.

Oltreché l'elaborazione della nuova *Costituzione*, a Weimar si dovette provvedere immediatamente a disciplinare il periodo transitorio fino al varo della *Costituzione*, per cui fu varata il 10 febbraio una speciale legge (*Gesetz über die vorläufige Reichsgewalt*) di iniziativa di Hugo Preuss, allora ministro per l'interno. Sulla base di tale legge Ebert venne eletto l'11 febbraio alla Presidenza della Repubblica dalla stessa assemblea (quindi una sorta di elezione indiretta). Ebert entrò così a far parte del Gabinetto Scheidemann come "Reichsministerpräsident". Al presidente spettavano nella sostanza i poteri dell'ex Kaiser come ridimensionati dalla vana riforma dell'ottobre 1918.

Inoltre si stabilì che la costituente dovesse svolgere le funzioni di un normale parlamento, potendo votare la fiducia al governo e approvando le leggi che si rendessero necessarie: il contributo dei Länder alla legislazione ordinaria venne provvisoriamente assicurato da uno speciale *Staatenausschuss*, presieduto da un Ministro e composto da delegati dei governi dei vari Länder: se è vero che esso non venne associato all'approvazione della *Costituzione*, fu però influente nelle parti del testo riguardanti il federalismo. Tra le leggi che furono approvate, spiccano senz'altro quella denominata *Übergangsgesetz* del 4 marzo 1919, destinata a mantenere in vigore tutta la precedente normazione imperiale non incompatibile con i deliberati della Costituente medesima, così come i regolamenti adottati dai governi repubblicani. La stessa legge riassegnava al Presidente del Reich tutti i poteri conferiti al Kaiser dalle leggi e dai regolamenti del periodo imperiale, e parallelamente venivano riattribuiti al Governo i poteri conferiti al Cancelliere guglielmino. Altri testi di notevole importanza riguardarono l'esecuzione delle condizioni armistiziali del 6 marzo 1919 (*Reichsgesetz zur Durchführung der Waffenstillstandsbedingungen*), la riorganizzazione delle Forze Armate di pari data, intendendosi introdurre moduli democratici e la leva volontaria e l'approvazione del Trattato di pace del 16 luglio 1919 (*Gesetz über den Friedensschluß zwischen Deutschland und den alliierten und assoziierten Mächten*).

Dal punto di vista politico, oltre la già menzionata elezione del Reichspräsident, l'Assemblea costituente dovette prendere atto delle dimissioni del Governo Scheidemann il 20 giugno 1919. La crisi parlamentare fu provocata dal tenore della controproposta di Scheidemann alla proposta di pace delle Potenze vincitrici definita una *Gewaltfrieden*. Il nuovo Ministero fu assunto il 22 giugno successivo da Gustav Bauer, che, nonostante le aspre critiche mosse al trattato specie in quanto dichiarava la Germania colpevole (insieme all'Austria) del conflitto (peraltro, come tale, non invitata ai negoziati di pace contro ogni consuetudine internazionale), dovette ad un certo punto sottoscrivere il trattato (il timore era che l'alternativa potesse essere la ripresa della guerra) il 28 giugno 1919 a Versailles nella Galleria degli Specchi. Tragicamente profetico il discorso di Bauer all'assemblea: "Unterschreiben wir, das ist der Vorschlag, den ich ihnen im Namen des gesamten Kabinetts machen muß. (Die Gründe die uns zu diesem Vorschlag zwingen, sind die selben wie gestern, nur trennen uns jetzt eine Frist von knappen vier Stunden vor der Wiederaufnahme der Feindseligkeiten.) Einen neuen Krieg können wir nicht verantworten, selbst wenn wir Waffen hätten. Wir sind wehrlos, wehrlos ist aber nicht ehrlos. Gewiß, die Gegner

wollen uns an die Ehre, daran ist kein Zweifel, aber dass dieser Versuch der Ehrabschneidung einmal auf die Urheber selbst zurückfallen wird, dass es nicht unsere Ehre ist, die bei dieser Welttragödie zugrunde geht, dass ist mein Glaube, bis zum letzten Atemzug". [Firmiamo, questa è la proposta che devo fare a nome di tutto il Gabinetto. (Le ragioni che ci costringono a formulare questa proposta sono le stesse di ieri, tranne che ora abbiamo una scadenza di quattro ore scarse prima della ripresa delle ostilità.) Non possiamo rispondere ad una nuova guerra, anche se avessimo armi. Siamo senza difese, ma indifesi non vuol dire disonorevoli. Certo, gli avversari vogliono attentare al nostro onore, non c'è alcun dubbio, ma questo tentativo di diffamazione ricadrà sugli stessi suoi autori, poiché non è il nostro onore a morire in questa tragedia mondiale; questo sarà il mio pensiero fino al mio ultimo respiro].

*Al Governo Bauer, costretto a dimettersi il 26 marzo 1920, si sostituì il Governo Müller. Va peraltro ricordato che l'uscita di scena di Bauer si pose in esito alla vicenda del tentativo di rovesciamento della Repubblica perpetrato il precedente 13 marzo dall'estrema destra capeggiata da Wolfgang Kapp, che aveva fondato già nel 1917 il partito tedesco della patria (Deutsche Vaterlandspartei - DVLP), con il sostegno del già menzionato generale Erich Ludendorff. Se il fallimento del Kapp-Putsch, che, pur nella sua brevità, ebbe risvolti drammatici che qui non si ha modo di evocare, dimostrò, da un lato, una certa tenuta della coalizione di Weimar e soprattutto non conseguì apprezzabili solidarietà sociali (vi fu al contrario uno sciopero generale di disapprovazione), dall'altro, evidenziò però come il sistema fosse attraversato da fratture profonde e non agevolmente ricomponibili.*

*Intanto però l'Assemblea costituente, che dal 30 settembre 1919 si era trasferita a Berlino, nei locali del Reichstag (tranne quando per sfuggire al tentativo di colpo di Stato di Kapp si era riunita a Stoccarda il 18 marzo 1920), aveva, in vista delle elezioni del 6 giugno, deliberato il 21 maggio precedente il suo definitivo scioglimento.*

*Furono proprio tali elezioni a determinare la crisi della coalizione poiché i partiti che la sostenevano persero la maggioranza politica che, almeno nel Reichstag, non riacquistarono mai più fino alla caduta della Repubblica.*

*7. L'Assemblea costituente che a Weimar aveva tenuto le sue sedute nei locali del Deutsches Nationaltheater, aveva disciplinato le sue procedure mediante il Regolamento interno recato dalla Geschäftsordnung del 6 febbraio 1919, che riprendeva la Reichstagsgeschäftsordnung del 1868 nella versione del 31 dicembre 1918.*

*La Costituzione venne adottata il 31 luglio 1919, dopo poco più di cinque mesi di sedute, con 262 voti favorevoli, 75 contrari e 84 astenuti. Un lavoro, quindi, assai fitto a cui, come già visto, si sovrappose il ruolo di assemblea politica della stessa Costituente.*

*Il pubblico seguiva da vicino le deliberazioni dell'organo, qualche volta addirittura contestandosene da qualche parte la linea politica. In questo senso, l'episodio più grave può senz'altro essere considerata la manifestazione di protesta del 13 gennaio 1920 contro il progetto che istituiva, peraltro in attuazione del dettato costituzionale appena approvato, i consigli di fabbrica (questa Betriebsrätegesetz fu poi soppressa*

da Hitler). Una seconda bozza in discussione che tentava un compromesso tra i contrapposti interessi fini per scontentare tutti, particolarmente i partiti dell'estrema sinistra che indissero un raduno davanti al palazzo dove sedeva l'assemblea. Per difendere il palazzo, la polizia prussiana fece fuoco sui manifestanti, provocando 42 morti e 105 feriti.

Tornando però all'esito dei lavori propriamente costituenti, il testo su cui si discusse era stato presentato dal già incontrato ministro per l'interno Hugo Preuss, e, per quanto qui maggiormente interessa, costituzionalista di vaglia scientificamente orientato verso il parlamentarismo duale di Robert Redslob.

Trasmesso preliminarmente alla speciale commissione presieduta da Conrad Haußmann (Verfassungsausschuss), vicepresidente dell'assemblea ed al quale si deve in particolare il Preambolo della *Costituzione* di Weimar (Ausschuß zur Vorberatung des Entwurfs einer Verfassung des Deutschen Reichs), solo il 2 luglio il testo licenziato dalla commissione fu deferito al plenum della Costituente, che vi lavorò completando il suo compito nello stesso mese di luglio.

La discussione s'incentrò subito su punti nevralgici del nuovo regime, quale la stessa forma dello Stato: prevalse abbastanza agevolmente la tesi di uno Stato federale in un contesto già repubblicano e con un apparato centrale di potere forte (seguì, tuttavia, una ristrutturazione territoriale con la soppressione di qualche "staterello" e l'accorpamento di altri, passandosi dai 25 Länder guglielmini a 18) (art. 2).

La stessa denominazione di Reich venne mantenuta sul presupposto che avesse ormai perso la sua connotazione monarchica, ma soprattutto per marcare una continuità statale tedesca (art. 1).

Interessante fu la discussione sul cambio di bandiera, in cui tutta la storia costituzionale pregressa venne rievocata: il nuovo trittico nero, rosso e oro che alla fine fu votato richiamava, dal suo canto, la bandiera inalberata a Francoforte nel 1848-49 (detto per incidens, furono forti anche altre suggestioni della Costituente di Francoforte su quella di Weimar). Il nero, bianco, rosso dell'Impero venne, tuttavia, conservato per la bandiera mercantile per esigenze di riconoscimento internazionale (art. 3), anche se vi si è visto il segno di una radicata contrapposizione tra repubblicani e monarchici.

Al referendum popolare, non privo di rischiose torsioni plebiscitarie (lo stesso Presidente poteva disporne), fu attribuito un posto non secondario nel nuovo testo costituzionale, pur se dopo vivaci divergenze. Esso si accompagnò, con l'intento di costituirne un rafforzamento democratico, al nuovo regime parlamentare rappresentativo basato su libere elezioni a suffragio universale da tenersi ogni 4 anni (art. 22).

Altro elemento di forza della nuova democrazia era l'attribuzione al Reichstag del controllo sul Governo. Il Cancelliere (venne ripristinata la denominazione bismarckiana) e i Ministri, benché nominati dal Presidente del Reich (art. 53) per rimanere in carica avevano bisogno della fiducia almeno implicita del Reichstag; mentre ognuno di essi avrebbe dovuto dimettersi se il Reichstag, con espressa deliberazione, gli avesse revocato la sua fiducia (art. 54). A ciò si aggiungevano taluni

*pregnanti poteri di controllo sul Governo in carica quali il diritto di istituire commissioni d'inchiesta (art. 34).*

*Dal canto suo, il Reichstag godeva di una grande autonomia costituzionale (artt. 26-28; 35) ed i suoi membri, privi di mandato imperativo (art. 21) erano protetti da efficaci guarentigie (artt. 36-38, 40).*

*Sul piano legislativo, spettava al Reichstag la competenza esclusiva su numerose e fondamentali materie: sostanzialmente quelle di rilievo economico già detenute dal Reich guglielmino che avevano fatto della Germania un mercato interno senza frontiere doganali, nonché quelle maggiormente incidenti sui diritti civili e sociali dei cittadini tedeschi, comprese quelle di carattere fiscale (artt. 6-8). Il Reichstag avrebbe, inoltre, potuto avocare alla sua sola competenza in nome di una disciplina unitaria in materia di welfare (Wohlfahrtspflege), ordine e sicurezza pubblica (art. 9). Sempre alla legge sarebbe spettato fissare i principi fondamentali (Grundsätze) da rispettarsi da parte dei Länder sia su altre materie come le confessioni religiose, le scuole, le abitazioni, i cimiteri e la proprietà fondiaria (art. 10), sia, se si fosse reso necessario, in campo fiscale (art. 11).*

*In tale assai assorbente quadro, a cui concorrevano anche le attribuzioni che la **Costituzione** considerava genericamente rilevare dall'amministrazione del Reich (capitolo VI), la competenza dei Länder risultava, è vero, residuale, ma piuttosto affievolita (Solange und soweit das Reich von seinem Gesetzgebungsrechte keinen Gebrauch macht) nel tempo e nello spazio. Si aggiunga a ciò la reiterazione della regola per cui Reichsrecht bricht Landrecht (art. 13). Ovviamente è impossibile andare in questa sede più oltre nei dettagli del riparto di competenza materiale, ma è ben vero che comunque i Länder già partecipavano all'elaborazione della legislazione e alla stessa amministrazione del Reich attraverso le loro rappresentanze governative nel Reichsrat (artt. 60-63) nelle particolari forme previste dell'iniziativa legislativa (art. 69), del veto sospensivo alle leggi varate dal Bundestag (art. 74), del necessario accordo per aumentare le spese od introdurre di nuove nel progetto di legge di bilancio (art. 85), del parere obbligatorio per gli affari ministeriali importanti (art. 67), del vero e proprio consenso se l'esecuzione delle leggi federali fosse stata attribuita ai Länder (art. 77), della partecipazione all'approvazione del rendiconto (art. 86), ed altri interventi in materia economica da prendersi obbligatoriamente col suo consenso.*

*Un altro punto dirimente trattato a Weimar riguardò il ruolo costituzionale del Presidente del Reich: come la storia ci ha ampiamente documentato, egli fu dotato di densi poteri, anche se in principio concepiti come serventi un potere costituzionale "di riserva".*

*Comunque sia non a torto la sostanza del regime poteva essere considerata intrisa di forti elementi di presidenzialismo (o quantomeno di parlamentarismo duale) anche rimanendo nell'ordinaria amministrazione: si noti, in primo luogo, la derivazione elettiva della sua carica (art. 41), la durata settennale della carica e la possibilità di una sua rielezione (art. 43), la possibilità che la revoca deliberata dal Reichstag a due terzi dei suoi componenti fosse sconfessata dal voto popolare (art. 43); inoltre, spettava, tra l'altro, al Presidente il comando supremo dell'esercito (art. 47), la*

*nomina e la revoca del governo, sostenuto da una fiducia implicita convalidante la designazione presidenziale (art. 53), lo scioglimento del Reichstag, sia pure con l'avallo della controfirma e limiti temporali e motivazionali di esercizio (art. 25), l'indizione dei referendum (artt. da 73 a 76), nonché il più famoso dei poteri, ossia quello di emanare ordinanze di emergenza (art. 48).*

*Nel testo della [Costituzione](#) di Weimar un ruolo importante giocano i diritti e i doveri fondamentali, anche se occorre ricordare come in assemblea si scontrarono le varie visioni, anche dei costituzionalisti, nella materia: tra chi voleva sottrarre tali diritti alla mera volontà legislativa e chi addirittura vi intravedeva un ostacolo per il suo libero dispiegamento; tra chi militava per un'elencazione ampia e chi riteneva più opportuno un catalogo sobrio di quegli stessi diritti.*

*Si trattò in ogni caso di un catalogo al quale per la sua ampiezza (tutto il Titolo II, artt. da 109 a 165) direttamente si rinvia, caratterizzato da profonde novità rispetto alla tradizione delle precedenti Carte, esemplarmente per l'attenzione portata ai diritti sociali, al ruolo del lavoro nell'impresa e alla parità tra uomini e donne, alle quali gli artt. 17 e 22 riconoscevano anche il diritto di elettorato attivo e passivo.*

*Altrettanto inedite apparivano le garanzie previste per l'indipendenza della magistratura e l'organizzazione della giustizia (artt. da 102 a 107). Sulla base poi dell'art. 108 sarà istituita, con la legge del 9 luglio 1921, un'apposita Corte di livello costituzionale per le controversie tra Reich e Länder (Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich). Tra le altre diverse competenze attribuire all'organo, non era però ricompresa quella del sindacato sulle leggi: ciò che la rese, per diffuso convincimento, inefficace con riguardo alla protezione dei diritti fondamentali, demandata alla giurisdizione delle sole corti amministrative (art. 107). D'altro canto, l'intrinseca debolezza dei diritti fondamentali a Weimar rilevava non solo dalla conformazione programmatica per non dire vaga, di molti di essi, ma anche dalla facoltà attribuita al Presidente, tramite il già ricordato potere di ordinanza ex art. 48 della [Costituzione](#), per i motivi ivi indicati di "in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen".*

*Infine, la [Costituzione](#) avrebbe potuto essere modificata con una legge adottata coi due terzi dei voti (quorum funzionale) da calcolarsi almeno sui due terzi dei componenti del Reichstag (numero legale). Alla legge di revisione partecipava anche il Reichsrat, di cui era richiesto solo l'assenso dei due terzi dei votanti. La legge di revisione avrebbe dovuto essere sottoposta a referendum se un'iniziativa popolare si fosse espressa in tal senso. Dal canto suo, il Reichsrat avrebbe potuto opporre un veto alla revisione e nel caso il veto fosse stato egualmente superato da una deliberazione del Reichstag, si sarebbe potuto far dirimere la controversia da un referendum popolare da richiedersi al Presidente entro due settimane. Le leggi di revisione costituzionale sottoposte a referendum sarebbero state considerate approvate se avessero riscosso il consenso della maggioranza degli iscritti a votare (art. 76).*

**8.** *Tuttavia, malgrado, l'apparente complessità dei procedimenti la [Costituzione](#) verrà modificata più volte, l'ultima delle quali nel dicembre del 1932, cioè un mese prima della nomina di Adolph Hitler alla Cancelleria il 30 gennaio 1933. A*



quest'ultima data si fa riferimento per considerare almeno nella sostanza messa fuori gioco la *Costituzione* qui ricordata, peraltro mai formalmente abolita (anzi, può essere interessante notare che l'art. 140 dell'attuale *Costituzione* federale tedesca dispone il richiamo come parte integrante di se stessa degli artt. 136, 137, 138, 139 e 141 della *Costituzione* di Weimar).

Com'è noto, dopo un periodo di vigenza denotato da instabilità governativa e ripetuti scioglimenti del Reichstag (ma non è questa ovviamente la sede per ripercorrerne le vicende), questa stessa Camera votò il 23 marzo del 1933 il trasferimento della sua essenziale competenza legislativa al governo per un periodo di quattro anni, mentre nel marzo 1934 fu la volta della soppressione delle assemblee dei Länder, nonché della definitiva presa del potere da parte di Hitler quale Führer und Reichskanzler allorché il 2 agosto Hindenburg morì.

9. Non è questa nemmeno lontanamente la sede per affrontare la discussione sulle vere ragioni della caduta della Repubblica, peraltro certamente non monocausali: quali la presenza invadente di vecchi e nuovi partiti antisistema e l'estremismo politico presente in una Demokratie ancora lontana da essere streitbare; il prevalere nella popolazione di sentimenti antir dal di dentro dei valori fondativi della Repubblica perpetrata da governi come quelli di Franz von Papen e di Kurt von Schleicher, o, ancora, deficienze di carattere generale della *Costituzione* (soprattutto, come accennato, il profilo plebiscitario per cui, secondo l'icastica affermazione di Ernst Fraenkel: "Die Weimarer Republik litt an einem Geburtsfehler, an dem sie zugrunde gegangen ist") o, invece, con apparente paradosso, il suo grado di perfezione utopistica (la *Costituzione* dei professori ..); la rappresentanza proporzionale e, a cascata, la frammentazione parlamentare e partitica e l'instabilità di governi condannati alla formula di coalizione e rinviabili con un semplice voto di sfiducia, senza farsi carico della loro successione; la concessione di eccessivi poteri al Presidente prodromici di una dittatura non solo commissaria allorché la rappresentanza parlamentare si dimostri inetta (famoso il sarcasmo di Carl Schmitt, per cui "Ist das Parlament dazu nicht im Stande, so hat es auch nicht das Recht, zu verlangen, daß alle anderen verantwortlichen Stellen handlungsunfähig werden".); ecc.

Ci piace invece ricordare ora la *Costituzione* ed il regime politico di Weimar sia per l'eccezionale occasione fornita alla riflessione circa la natura e gli scopi del moderno costituzionalismo: su di essi e a partire da essi si sono infatti esercitati magistralmente scienziati del diritto e della teoria generale dello Stato come Carl Schmitt, Hans Kelsen, Rudolf Smend, Hermann Heller, Gerhard Leibholz, Otto Kirchheimer e Franz Neumann, solo per citare forse i più noti; sia anche per gli ammaestramenti che, per un verso o per l'altro, avrebbero potuto trarne gli uomini del Novecento, ma che ancora oggi – ci pare – si stenta a metabolizzare davanti al montare dei populismi, allo strapotere delle maggioranze (dei loro governi), all'indebolimento esogeno ed endogeno della magistratura, all'inefficienza degli apparati serventi; all'indifferenza o alla sottovalutazione (consapevole?) di episodi di violenza politica e di intolleranza; all'incapacità (impossibilità?) di trovare soluzioni economiche e sociali equilibrate; all'apparente perdita di senso di ogni regola e limite etico.

*Finalmente, è forse possibile pensare che quella di Weimar fosse complessivamente una buona Costituzione sopraggiunta però in un momento inadatto per le ragioni a cui si è cercato almeno parzialmente di accennare.*

# **PARTE PRIMA**

## **STUDI**

**Alessandro Morelli\***  
**La “ribellione” dei sindaci contro il “decreto sicurezza”:  
la tortuosa via per la Corte costituzionale**

1. Appena entrato in vigore, il decreto-legge n. 113 del 2018 (c.d. “decreto sicurezza”), convertito nella legge n. 132 del 2018, ha incontrato la decisa opposizione di alcuni sindaci, tra cui soprattutto il primo cittadino di Palermo Leoluca Orlando, che, lo scorso 21 dicembre, nel conferire al Capo Area dei servizi al cittadino del proprio Comune il mandato di approfondire «tutti i profili anagrafici derivanti dall’applicazione della citata L. 132/2018», ha disposto, «nelle more di tale approfondimento», di sospendere l’applicazione di «qualunque procedura», prevista dalla nuova normativa, «che possa intaccare i diritti fondamentali della persona con particolare, ma non esclusivo, riferimento alle procedure di iscrizione della residenza anagrafica».

Altri sindaci hanno subito manifestato l’intenzione di adottare il medesimo orientamento e l’iniziativa ha suscitato un acceso dibattito politico.

Commentando la vicenda, si è ricordato che, nell’ordinamento vigente, la prevalenza della Costituzione sulla legge è assicurata dalla Corte costituzionale, la quale, in base a quanto prevede l’art. 134 Cost., giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge. La «disobbedienza» dei sindaci sarebbe, dunque, una «chiara violazione dei principi costituzionali, in particolare del principio fondamentale di separazione dei poteri, in forza del quale il potere esecutivo, di cui i sindaci sono espressione, deve applicare la legge: se l’applicazione della legge da parte del potere esecutivo produce la lesione di un diritto, allora può intervenire il potere giudiziario, che, nel nostro ordinamento è abilitato, ricorrendone i presupposti, ad investire la Corte costituzionale di una questione di costituzionalità»<sup>1</sup>. Il ragionamento, dal punto di vista formale, non può che essere condiviso. Si può, anzi, aggiungere che, in base a quanto prevede l’art. 54, comma 2, Cost., ai sindaci, in quanto titolari di pubbliche funzioni, si richiede di adempiere queste ultime «con disciplina ed onore». Inoltre, gli stessi sindaci, prestano giuramento dinanzi al Consiglio comunale, nella seduta di insediamento, di «osservare lealmente la Costituzione italiana» (art. 50, comma 11, T.U. sugli enti locali). Tali organi, infine, esercitano alcune funzioni (tra cui la tenuta dei registri di stato civile e di popolazione e gli adempimenti demandatigli dalle leggi in materia elettorale, di leva militare e di statistica) nella qualità di «ufficiali del Governo» (art. 54, comma 3, T.U. sugli enti locali).

Sembrerebbe, dunque, che la “ribellione” dei sindaci sia un atto eversivo, da reprimere duramente evitando che possa costituire un pericoloso precedente per qualunque altro funzionario pubblico che si ritenesse legittimato a non applicare, per qualsiasi motivo, una legge a lui non gradita. Per amor di verità, non si può non ricordare, tuttavia, che un precedente c’era già stato: l’invito rivolto agli stessi sindaci (e da alcuni di questi seguito), nel maggio del 2016, dall’attuale Ministro dell’Interno a disapplicare la legge sulle unioni civili, evocando in quella circostanza un presunto diritto all’obiezione di coscienza da esercitarsi contro una normativa ritenuta lesiva dell’idea di famiglia tradizionale<sup>2</sup>. Poco importa, si dirà: in entrambi i casi la disapplicazione della legge non trova alcun fondamento positivo.

In realtà, la questione è più complessa di quanto appaia a prima vista, per almeno tre motivi.

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università *Magna Græcia* di Catanzaro.

<sup>1</sup> Cfr. M. CAVINO, *Da Riace a Palermo: non tocca ai sindaci giudicare la costituzionalità delle leggi*, in [laCostituzione.info](http://laCostituzione.info), 3 gennaio 2019.

<sup>2</sup> *Salvini contro i sindaci: quando era il leader della Lega a incitare a disobbedire alla legge sulle Unioni civili*, in [laRepubblica.it](http://laRepubblica.it), 3 gennaio 2019.

2. In primo luogo, il “decreto sicurezza”, come hanno messo in luce diversi giuristi<sup>3</sup>, pone complicati problemi interpretativi e appare affetto da vistosi vizi d’illegittimità costituzionale. Non si tratta, insomma, di una normativa di facile applicazione. Se, infatti, l’art. 13 del decreto prevede che il permesso di soggiorno che viene rilasciato ai richiedenti asilo non costituisce più titolo per l’iscrizione anagrafica di tali soggetti, d’altro canto, non viene abrogato espressamente l’art. 6, comma 7, del T.U. sull’immigrazione, in base al quale «le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione». Ora, se anche l’intenzione del Governo era quella d’introdurre un divieto d’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo<sup>4</sup>, non è chiaro se l’obiettivo sia stato effettivamente raggiunto, apparendo la disposizione in esame ambigua e comunque di dubbia costituzionalità.

Un divieto del genere risulterebbe, infatti, palesemente illegittimo. Com’è stato notato, «consentire allo straniero l’esercizio della libertà di soggiorno, che l’art. 16 Cost. riserva ai soli cittadini, e di contro negargli la libertà di domicilio, alla prima strettamente correlata e che l’art. 14 Cost. considera libertà inviolabile di ogni persona, costituisce una palese e irragionevole discriminazione nell’esercizio e nel godimento di una libertà fondamentale, lesiva quindi degli artt. 2 e 3.1 Cost.»<sup>5</sup>. Quel che più rileva è che il divieto impedirebbe di riconoscere agli stranieri alcuni diritti sociali (che sono fondamentali al pari di quelli civili)<sup>6</sup> da essa dipendenti e pacificamente riconosciuti dalla giurisprudenza agli stranieri regolari, a prescindere dalla durata e dalla natura del soggiorno. A ciò si deve aggiungere che il “decreto sicurezza” ha comunque modificato e abrogato disposizioni del decreto legislativo n. 142 del 2016, attuativo di una direttiva dell’Unione europea del 2013, il che potrebbe configurare un’ulteriore violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., dai quali si fa pacificamente discendere la prevalenza del diritto dell’Unione europea sul diritto nazionale (fatti salvi i principi supremi di quest’ultimo).

Secondo una diversa lettura, invece, un siffatto divieto non sarebbe stato introdotto dalla nuova normativa, essendo ancora l’iscrizione anagrafica un preciso dovere incombente sull’ufficiale d’anagrafe, che sarebbe comunque tenuto a procedervi d’ufficio<sup>7</sup>. Pertanto, il decreto avrebbe soltanto reso *irragionevolmente* farraginoso la procedura d’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, i quali sarebbero comunque tenuti a rendere dichiarazioni sulla propria dimora abituale, ma verrebbero inspiegabilmente privati del “titolo” che ne consentiva una ricostruzione immediata e agevole<sup>8</sup>.

In buona sostanza, qualunque interpretazione volesse darsi alla nuova disciplina, essa risulterebbe incostituzionale in quanto introduttiva o di un divieto illegittimo o di una procedura irragionevolmente complicata.

È vero, come ha ricordato il Ministro dell’Interno, che il “decreto sicurezza” è stato firmato dal

---

<sup>3</sup> Cfr., ad esempio, M. BENVENUTI, *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all’Ufficio di Presidenza della Commissione 1a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell’ambito dell’esame del disegno di legge recante “Conversione in legge del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata”*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 3/2018; S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d’incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. ‘decreto sicurezza’)*, in [Federalismi.it](#), 22/2018; v., altresì, l’intervista di F. PACIFICO a S. CASSESE, «Pasticcio tra norme vecchie e nuove. I primi cittadini non hanno torto», in *Il Mattino*, 3 gennaio 2019.

<sup>4</sup> ... come si evince chiaramente dalla circolare n. 83774 del 18 dicembre 2018 del Ministero dell’Interno, ove si afferma che i richiedenti asilo non saranno più iscritti nell’anagrafe dei residenti, richiamata da E. SANTORO, *In direzione ostinata e contraria. Parere sull’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo alla luce del Decreto Salvini*, in [L’altro diritto](#) 2019.

<sup>5</sup> S. CURRERI, *Prime considerazioni*, cit., 11.

<sup>6</sup> Sul punto sia consentito rinviare ora al mio *Il ruolo dei diritti sociali nella democrazia contemporanea*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 21 ottobre 2018.

<sup>7</sup> Cfr. E. SANTORO, *In direzione ostinata e contraria*, cit.; A. BUZZI-F. CONTE, *Ma cosa prevede davvero il “decreto Salvini” sull’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo?*, in [laCostituzione.info](#), 6 gennaio 2019.

<sup>8</sup> Ancora BUZZI-F. CONTE, *Ma cosa prevede davvero il “decreto Salvini” sull’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo?*, cit.

Presidente della Repubblica, ma, nel farlo, lo stesso Capo dello Stato – al quale la Costituzione non riconosce espressamente un potere di rinvio dei decreti, ma solo delle leggi – ha contestualmente inviato al Presidente del Consiglio una [lettera](#) nella quale ha sottolineato che, in materia, «come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano ‘fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato’, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall’art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall’Italia».

3. In secondo luogo, residua un dubbio non privo di rilievo riguardo alla descritta posizione del sindaco. Se, infatti, la presenza di vizi d’incostituzionalità e l’ambiguità interpretativa di una disposizione di legge non ne giustificano la disapplicazione, quali strumenti ha il sindaco stesso, nel caso in cui egli non riesca ad adottare alcuna interpretazione conforme a Costituzione, per arrivare alla Corte costituzionale e sottoporli i propri dubbi di legittimità? Non si tratta (soltanto) di una questione di coscienza, ma di rispetto di quello stesso dovere di osservanza della Costituzione gravante su tutti i titolari di pubbliche funzioni.

La risposta secondo cui il sindaco sarebbe semplicemente *costretto* ad applicare una disposizione di legge della cui incostituzionalità egli sia convinto appare insoddisfacente. Essa conduce, infatti, alla paradossale conclusione per cui il rispetto dell’art. 134 Cost., il quale riconosce alla Corte costituzionale il sindacato sulla legittimità delle leggi, implicherebbe l’accettazione del possibile sacrificio di tutte le altre previsioni della stessa Carta, che potrebbero essere violate da una legge illegittima, con l’eventuale conseguente compressione di diritti e interessi di primaria importanza e bisognosi d’immediata tutela. Ora, sembra che sia il Sindaco di Palermo, sia gli altri primi cittadini che stanno seguendo il medesimo indirizzo stiano studiando il metodo per instaurare un giudizio dinanzi alla Corte costituzionale. S’ipotizza l’esperimento di un’azione civile di accertamento (volta semplicemente ad accertare la portata delle situazioni giuridiche soggettive in discussione), in base ad uno schema accolto dalla Corte costituzionale, in materia elettorale, nelle [sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017](#)<sup>9</sup>. Nel giudizio comune, instaurato sulla base di tale azione, si vorrebbe sollevare, poi, in via incidentale la questione di costituzionalità sulle norme del “decreto sicurezza” ritenute illegittime. Tale soluzione, tuttavia, non appare facilmente percorribile, poiché sembra difettare, in questo caso, l’interesse ad agire del sindaco, che non potrebbe far valere, in senso tecnico, un proprio diritto.

Se, com’è probabile, tale strada non risultasse percorribile, l’instaurazione di un giudizio di legittimità costituzionale sul “decreto sicurezza” potrebbe avere luogo soltanto nell’eventuale giudizio (amministrativo o penale) che facesse seguito al provvedimento con cui il sindaco ha disposto la sospensione del decreto. È vero che il ricorso potrebbe essere intentato anche dai diretti interessati, gli stranieri richiedenti asilo colpiti dal provvedimento, i quali potrebbero domandare l’iscrizione all’anagrafe e, poi, impugnare il provvedimento di diniego del sindaco emanato in attuazione della nuova normativa. Tale eventualità, tuttavia, oltre a far gravare sui soggetti più deboli l’onere di attivare gli strumenti di garanzia, non impedirebbe, con tutta probabilità, il prodursi dei danni più gravi che l’applicazione delle norme illegittime arreherebbe agli stessi e, soprattutto, non risolverebbe il dilemma del sindaco, costretto ad applicare una legge incostituzionale e, quindi, a violare quel dovere di osservanza della Costituzione al quale egli è soggetto. Non è detto, inoltre, che la questione possa essere risolta del tutto dai ricorsi che alcune Regioni sembrerebbero voler intentare

---

<sup>9</sup> Nell’ampia letteratura in tema, cfr. ora gli studi monografici di G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale scientifica, Napoli 2017; G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2018; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale scientifica, Napoli 2018; C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il pre-enforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali “astratte” in Italia*, Giappichelli, Torino 2018.

alla Corte contro la normativa in esame<sup>10</sup>, poiché tali enti, in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, possono far valere soltanto eventuali lesioni dirette o indirette della loro sfera di competenza (ad esempio, in materia sanitaria).

4. In terzo luogo, benché la nostra Costituzione, a differenza di altre (come la Legge fondamentale tedesca), non preveda espressamente il diritto/dovere di resistenza (avendo preferito i Costituenti italiani espungerlo dal progetto originario), essa pone in capo a tutti i cittadini un preciso dovere di fedeltà alla Repubblica (e, quindi, ai suoi principi supremi), che ne deve orientare il comportamento anche nei momenti di crisi istituzionale (art. 54, primo comma, Cost.)<sup>11</sup>. Del resto, com'è stato scritto, «vista la potenzialità semantica dei suoi principi, la Costituzione è veramente la Costituzione di tutti e, come tale, è in condizione di pretendere il rispetto di tutti, perché, in qualche modo, consente di corrispondere alle domande di tutti»<sup>12</sup>.

Non si vuole con ciò sostenere che un sindaco possa disapplicare una legge a proprio piacimento, ma soltanto sottolineare la situazione paradossale nella quale egli si trova allorché, per rispettare la Costituzione nella previsione contenuta nell'art. 134, debba accettare che tutte le altre disposizioni della stessa, comprese quelle espressive di principi fondamentali, possano essere lese (non avendo, di fatto, strumenti "ordinari" per impedirlo). Quella in esame, insomma, non è semplicemente un'ipotesi di disobbedienza civile (lo sarebbe se la legge fosse soltanto "ingiusta", ma non illegittima in base al diritto costituzionale vigente), bensì una "zona franca" della giustizia costituzionale.

5. La questione appare, dunque, molto complessa. E va collocata nella dimensione dello Stato costituzionale, la cui logica non è quella del «*dura lex, sed lex*», ma della «mitezza costituzionale», per usare una fortunata espressione di Gustavo Zagrebelsky<sup>13</sup>. È la logica del pluralismo, della pacifica convivenza di principi diversi e, soprattutto, della *separazione dei diritti dalla legge*, nel senso che i primi, costituzionalmente riconosciuti e garantiti, devono poter essere tutelati anche *nei confronti* della legge. Pertanto, il principio di legalità (ordinaria) non è assoluto, non vale sempre e comunque, se non altro perché la compatibilità con la Costituzione (e, dunque, la legittimità costituzionale<sup>14</sup>) di una legge è solo *presunta* e si tratta di una presunzione relativa, che viene meno nel momento in cui la legge stessa venga annullata dalla Corte costituzionale.

In dottrina, peraltro, ci si è interrogati sulla possibilità di configurare ipotesi di «invalidità in senso forte» della legge, sia per vizi formali sia per vizi materiali<sup>15</sup>. Si è, dunque, sostenuto che possano darsi patologie degli atti legislativi talmente gravi da comportare la nullità-inesistenza degli stessi e, dunque, la loro disapplicazione da parte di chiunque, senza dover necessariamente ricorrere alla Corte costituzionale<sup>16</sup>. In questi ultimi casi, si è proposto di parlare di «anticostituzionalità», una forma estrema di contrarietà dell'atto legislativo alla Costituzione, che si distinguerebbe dalla semplice «incostituzionalità»<sup>17</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. G. CASADIO, *Migranti, anche i governatori in rivolta*, in *la Repubblica*, 5 gennaio 2019.

<sup>11</sup> In tema, sia consentito rinviare al mio *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

<sup>12</sup> S. BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, il Mulino, Bologna 2012, 10.

<sup>13</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992, 11.

<sup>14</sup> Su cui concetto si vedano ora le interessanti riflessioni di G. FIANDACA, *I sindaci ribelli e il concetto di legalità*, in *la Repubblica*, Palermo, 4 gennaio 2019.

<sup>15</sup> Cfr., in particolare, F. MODUGNO, *Validità (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XLVI (1993), 44 ss.; R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Giuffrè, Milano 1998, 134 s.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VI ed., Giappichelli, Torino 2019, 120.

<sup>16</sup> Cfr., ad esempio, A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 272 ss.; G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 2012, 361. Per un quadro delle diverse posizioni teoriche in campo cfr. C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Giuffrè, Milano 2008, spec. 31 ss.

<sup>17</sup> Cfr. ancora A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, cit., 272 ss.

Un'ipotesi d'«invalidità formale in senso forte» sarebbe quella di una legge approvata da un solo ramo del Parlamento. Sul piano dell'invalidità materiale, si è evocato il caso di una legge che introducesse la pena di morte: occorrerebbe aspettare le prime esecuzioni prima d'intervenire<sup>18</sup>?

La Corte costituzionale, in verità, non ha mai negato la possibilità che alcune norme di legge in contrasto con la Costituzione possano essere semplicemente disapplicate, anziché essere dichiarate illegittime (a partire dalla sua prima decisione, la [n. 1 del 1956](#), con specifico riguardo alle leggi prerepubblicane); e, tuttavia, non ha mai nemmeno dichiarato inammissibile una questione di costituzionalità in quanto vertente su norme inapplicabili. In dottrina si è anzi sottolineata la tendenza dello stesso Giudice delle leggi, particolarmente marcata nella sua più recente giurisprudenza, al “riaccentramento” del sindacato di costituzionalità rispetto alle competenze dei giudici comuni e delle Corti europee<sup>19</sup>, nonostante i numerosi elementi di “diffusione” che da tempo connotano il sistema di giustizia costituzionale<sup>20</sup>. Una tendenza che, se da un lato ha il vantaggio di assicurare una tutela generale e uniforme, dall'altro, come la vicenda in esame dimostra, non consente di estendere la garanzia dei diritti ad alcuni importanti ambiti di esercizio delle funzioni pubbliche.

Se si tiene conto, dunque, dei paradigmi fondamentali dello Stato costituzionale, i dubbi sollevati da diversi sindaci di grandi e piccoli Comuni non possono essere sbrigativamente qualificati come espressione di mera “campagna elettorale”, se non altro perché essi hanno spinto all'adozione di una decisione difficile, come quella di sospendere l'efficacia di un atto legislativo, foriera di possibili, gravi misure sanzionatorie. La vicenda induce semmai a interrogarsi nuovamente, dinanzi alle residue “zone franche” della giustizia costituzionale, sull'opportunità d'introdurre, pur con i necessari meccanismi di filtro, il ricorso diretto individuale alla Corte costituzionale per la tutela dei diritti fondamentali contro atti dei pubblici poteri.

Non può certo escludersi che Orlando e gli altri sindaci che stanno seguendo il suo esempio finiscano con l'incorrere in sanzioni penali (ad esempio, per abuso od omissione d'atti d'ufficio o per istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico<sup>21</sup>) o anche nella rimozione ad opera del Ministro dell'Interno. L'art. 142 del Testo unico sugli enti locali prevede, infatti, che il sindaco possa essere rimosso, proprio con decreto del Ministro dell'Interno, quando compia «atti contrari alla Costituzione o per gravi e persistenti violazioni di legge o per gravi motivi di ordine pubblico». Cosa accadrebbe, tuttavia, se nel frattempo (o dopo l'adozione di tali misure) le norme che i sindaci si sono rifiutati di applicare fossero dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale?

---

<sup>18</sup> Cfr., in tal senso, A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, V ed., Giappichelli, Torino 2009, 28.

<sup>19</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in questa *Rivista*, III/2018, 548 ss.; ID., *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 1 ss.

<sup>20</sup> Per un quadro degli elementi di “diffusione” del sistema di giustizia costituzionale cfr. E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio, Giappichelli, Torino 2002; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 283 ss.

<sup>21</sup> Reputa, tuttavia, non configurabili, nel caso di specie, le ipotesi di abuso e di omissione di atti d'ufficio G. FIANDACA, *I sindaci ribelli e il concetto di legalità*, cit.



## Henri Schmit La logica elettorale

### 1. La scelta uninominale

*La storia della ricerca sull'elezione democratica è segnata da alcune spinte teoriche che si sono perse sotto l'affermazione di sistemi positivi molto variegati, spesso malfatti, ma tollerati in assenza di una teoria forte. Per elucidare i concetti chiave conviene partire dall'elezione monocratica.*

Non esiste una teoria completa della logica elettorale. Non è chiaro il rapporto fra elezione individuale e scelta di uno schieramento politico, nota dolente della ricerca degli ultimi cento anni. Troppo condizionati dalle normative vigenti e dagli interessi in gioco, costituzionalisti e politologi tendono a studiare le procedure esistenti, ciascuno dal suo punto di vista, il diritto o la realtà politica del paese di appartenenza, spesso senza il sufficiente rigore. Nonostante l'esistenza di organizzazioni e tribunali internazionali (ONU, UNEAD; OCSE, ODIHR; Consiglio d'Europa, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Commissione di Venezia; UE, Corte di Giustizia) che si esprimono su questioni elettorali in vari paesi e che presuppongono una teoria valoriale generale, le ricerche comparative dei giuristi sono raramente più di compilazioni descrittive, mentre quelle dei politologi ignorano la questione dei diritti individuali.

L'analisi logica dei sistemi effettivamente utilizzati e dei modelli astratti più conosciuti è invece molto sviluppata. La ricerca teorica anglo-americana (SIAMAK F. SHAHANDASHTI, *Electoral Systems Used around the World*, 2016) è concentrata sulle caratteristiche formali dei sistemi di voto uninominale e tende ad ignorare la rilevanza elettorale degli schieramenti politici. Se considera l'importanza degli schieramenti e delle liste elettorali (Gary W. Cox, *Making Votes Count. Strategic Coordination in the World's Electoral Systems*, 1997; Roger B. Myerson, *Theoretical comparisons of electoral systems*, 1999), lo fa da un punto di vista politologico per il quale contano le forze in campo, non i singoli individui, beneficiari dei diritti fondamentali garantiti. E quando si accorge dell'importanza della scelta individuale (JOHN M. CAREY, MATTHEW SOBERG SHUGART, *Incentives to cultivate a personal vote: A rank ordering of electoral formulas*, 1995), rimane prigioniera di un approccio non valoriale, puramente descrittivo, in apparenza più scientifico. La ricerca europea di diritto costituzionale più ambiziosa studia l'evoluzione storica dei concetti chiave nella dottrina pubblicistica (BRUNO DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel. Contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, 2011), aumentando però la confusione invece di chiarire le idee. La ricerca giuridica più completa e attenta (LARA TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stati costituzionali*, 2011) tiene conto dei diversi aspetti delle procedure elettorali, descrive con precisione le meccaniche più complesse dei modelli esistenti, inclusi i sistemi proporzionali di lista; ma mescolando i vari approcci di tipo logico, giuridico e politologico, non chiarisce il rapporto cruciale tra elezione individuale e rappresentazione degli schieramenti e presenta per questa ragione una classifica e delle tabelle analitiche insoddisfacenti dei sistemi di votazione delle camere basse dell'area europea.

Manca una teoria generale della logica elettorale democratica: quali sono gli assiomi indispensabili che qualsiasi procedura per eleggere un rappresentante monocratico o assembleare deve rispettare; quali modelli esistenti o teorici li rispettano? La definizione di un modello per eleggere democraticamente un'assemblea parlamentare presuppone una teoria della rappresentanza politica: un insieme di individui liberi ed uguali elegge un altro insieme di dimensione ridotta di individui liberi ed uguali precedentemente incaricato di decidere per tutti. I criteri da osservare sono di due tipi:

(1) alcuni criteri riguardano qualsiasi procedura elettorale democratica; esigono che il rappresentante eletto sia scelto da tutti gli aventi diritto con un voto consapevole, espresso liberamente, di peso uguale a tutti gli altri, e da loro solo (questo articolo);

(2) altri criteri sono specifici all'elezione di un'assemblea rappresentativa che legifera temporaneamente per tutti; essi esigono inoltre un equo trattamento delle forze politiche in campo (prossimo articolo).

La scelta di un singolo vincitore - come l'elezione di un presidente, l'elezione in un collegio uninominale o il verdetto popolare su un quesito d'interesse comune - pone dei problemi che sono stati studiati oltre due secoli fa da NICOLAS DE CONDORCET (*Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions prises à la pluralité des voix*, 1785; definizione e paradosso), più recentemente da KENNETH ARROW (*Social Choice and Individual Values*, 1951; cinque condizioni-assiomi, teorema d'impossibilità) e da una folta filiera della Teoria della scelta collettiva (JAMES M BUCHANON, GORDON TULLOCK, *The Calculus of Consent. Logical foundations of Constitutional Democracy*, 1963; sintesi più recenti si trovano per esempio in: CHRISTOPH BÖRGERS, *Mathematics of Social Choice. Voting, Compensation, and Division*, 2010; SIAMAK F. SHAHANDASHTI, *Electoral Systems*, cit.).

Condorcet e Arrow definiscono l'elezione come una preferenza tra più opzioni, quindi una relazione ordinale, transitiva, e non come un punteggio che si può trattare con le quattro operazioni aritmetiche di base: non vince colui che raccoglie più punti, ma colui che è preferito agli altri. Con questa definizione Condorcet propone una procedura logica per determinare il risultato che vale per la scelta fra un numero qualsiasi di opzioni e che è equivalente alla maggioranza assoluta in presenza di solo due opzioni (un candidato è preferito da una maggioranza di elettori ad un altro); egli si accorge della possibilità (marginale) di risultati circolari: un certo numero di classificazioni ordinali individuali transitive può condurre con la sua formula a un risultato collettivo non transitivo. Il difetto è più fastidioso, se si eleggono più rappresentanti, lo è meno, se il vincitore è uno solo: al peggio ci può essere un pareggio. Condorcet non rinuncia per questo alla sua definizione della procedura di scelta collettiva ideale. Nel 1793 propone un progetto di Costituzione, detta girondina, e un sistema elettorale, ignorato e dimenticato, con piccoli collegi plurinomiali e due turni di votazione: nel primo si eleggono i candidati, il triplo dei seggi da eleggere, ogni elettore disponendo di un numero di voti pari al numero dei seggi; nel secondo si eleggono con una scelta ordinale i deputati; è eletto colui che ottiene la maggioranza assoluta delle prime preferenze o quella relativa delle prime e seconde.

Arrow dimostra che nessun sistema di scelta democratico e razionale è in grado di rispettare simultaneamente cinque condizioni comunemente ritenute indispensabili. La condizione più problematica è l'indipendenza del risultato da alternative irrilevanti: un sistema non dovrebbe essere condizionato dalla presenza di opzioni rifiutate dalla maggior parte degli elettori, cioè essere manipolabile attraverso la presentazione strumentale di alternative marginali, trascurabili. I rischi che il modello scelto, pur conducendo a un risultato certo, possa essere manipolato con candidature fasulle (dipendenza da alternative irrilevanti) o che permetta addirittura che in casi marginali un guadagno di preferenze possa peggiorare il risultato di un candidato (tale sistema è detto non monotone), sono certamente delle imperfezioni, ma non di una gravità tale da rendere il modello inadeguato. Per evitare scelte dispotiche Arrow propone di ammorbidire l'una o l'altra delle condizioni iniziali: "*The doctrine of voters' sovereignty is incompatible with that of collective rationality. If we wish to make social welfare judgments which depend on the values of all individuals, i.e. which are not imposed or dictatorial, then we must relax some of the conditions imposed.*"

La risposta al teorema di Arrow e al paradosso di Condorcet non è che qualsiasi sistema inevitabilmente imperfetto vale l'altro, ma che bisogna definire regole semplici in modo tale da permettere a tutti di prevedere l'effetto della loro scelta e di votare a ragion veduta. È preferibile permettere il coordinamento trasparente delle candidature e delle preferenze (accordi fra candidati, voto strategico) piuttosto che votare con regole complesse incomprensibili, potenzialmente manipolate a monte senza possibilità di verifica da parte dell'elettore. I principi più importanti da rispettare sono quello che Arrow chiama *universality* (o *unrestricted domain*: qualsiasi soluzione è permessa, chiunque può essere candidato, qualsiasi candidato può essere eletto), *voters' sovereignty* (*non-imposition*: la soluzione collettiva dipende solo dalle scelte individuali dei votanti), *non-dictatorship* (un'interpretazione ristretta o un corollario dell'uguaglianza fra i votanti) e la transitività

del risultato (cioè la certezza di chi è eletto). Un sistema democratico valido deve essere rigorosamente aperto, uguale, neutro e certo; ma deve anche essere semplice; altre condizioni possono essere utili, ma sono secondarie. Da questo punto di vista il modello britannico, forse eccessivamente semplice, è comunque più democratico di sistemi incomprensibili troppo ed inutilmente complessi, come quelli vigenti da un quarto di secolo in Italia per l'elezione dei due rami del Parlamento. La normativa italiana viola quasi tutti i principi ritenuti essenziali da Arrow; rispetta solo quello del risultato certo.

Tre sono le procedure elettorali uninominali più comuni:

(1) L'elezione a maggioranza relativa (dei parlamentari britannici e dei rappresentanti negli Stati Uniti) spinge il coordinamento razionale verso una scelta fra le due alternative più probabili e presuppone quindi una preselezione, in quel caso extra-procedurale (la selezione dei candidati all'interno dei partiti, delle primarie interne o ufficiali, la previsione dei risultati attraverso sondaggi come condizione del voto strategico).

(2) Il doppio turno (presidente e deputati francesi) e il voto a ripetizione (*runoff*) con eliminazione graduale dei meno votati per assicurare comunque un'elezione a maggioranza assoluta, non esige invece alcuna scrematura preliminare e permette di far vincere l'alternativa più gradita dal maggior numero di votanti.

(3) Un'altra procedura per creare una maggioranza assoluta, alternativa al doppio turno, è la scelta attraverso un voto di preferenza ordinale (una graduatoria) di tutti i candidati e la riassegnazione (a) delle preferenze dei meno votati gradualmente eliminati e (b) dei voti oltre il numero necessario di coloro che risultano già eletti a coloro che rimangono ancora in lizza (presidente irlandese e *instant runoff* in alcuni Stati nordamericani). Le due ultime procedure tendono a selezionare il vincitore indicato dal metodo Condorcet.

L'elezione dei parlamentari in collegi uninominali riduce l'elezione di un'assemblea rappresentativa ad una serie di elezioni monocratiche. Due sono gli errori commessi al riguardo da numerosi studiosi (soprattutto dai costituzionalisti, meno dai politologi):

(1) Il voto a favore di un solo candidato in un collegio uninominale (a maggioranza semplice, a doppio turno o con voto singolo ordinale, poco importa) permette all'elettore di determinare la propria scelta non solo in base a criteri prettamente personali, ma anche in base a preferenze di schieramento. Contrariamente all'opinione dominante (es. OMAR CHESSA, *Voto popolare e sistema elettorale nella Costituzione italiana*, 2017, [Rivista AIC](#) e [Academia.edu](#)) il sistema non nega, ma esalta la scelta di schieramento, rendendo la scelta del candidato individuale tendenzialmente meno rilevante. Inoltre,

(2) il sistema a collegio uninominale è tanto più proporzionale quanto sono numerosi i seggi dell'assemblea da eleggere, a condizione che il ritaglio dei collegi sia equo (numero omogeneo di elettori per eletto) e non manipolato (un ritaglio mirato, calcato sui voti previsti, può trasformare una minoranza in maggioranza e vice versa).

(3) Un terzo errore clamoroso (*contra*: PASQUALE PASQUINO, *La Corte decide di decidere ma non coglie la natura del ballottaggio*, 2017, [Forum di Quaderni Costituzionali](#)), più diffuso fra politologi che fra giuristi, è di equiparare un sistema di ballottaggio fra liste (eventualmente chiuse) con premio di governabilità o di maggioranza alla lista più votata, e il doppio turno uninominale in numerosi collegi. Le differenze sono il ruolo diverso dei candidati individuali e soprattutto la certezza di una maggioranza artificiale in un caso contro il vantaggio solo probabile di una maggioranza effettiva nell'altro.

Storicamente, il collegio uninominale è stato promosso negli anni 40 dell'800 (es. da VICTOR CONSIDÉRANT, *De la sincérité du gouvernement représentatif ou exposition de l'élection véridique*, 1846, Parigi e Ginevra) proprio per garantire una rappresentanza parlamentare più equa e più responsabile rispetto ai sistemi plurinominali ultra-maggioritari allora in voga.

La grande novità elettorale dell'epoca post-rivoluzionaria è stata l'invenzione, forse già a Montpellier (JOSEPH DIAZ GERGONNE, 1815, *Annales de Mathématiques Pures et Appliquées, Arithmétique politique. Quelques remarques sur les élections, les assemblées délibérantes et le système représentatif*), se no a Londra e a Ginevra, del sistema elettorale proporzionale.

Concretamente si tratta di due metodi rivali, entrambi proporzionali nei limiti della dimensione delle circoscrizioni, per eleggere delle assemblee che rispecchiano la forza degli schieramenti in gara. Questi sistemi sono tuttora in uso in numerosi Stati. In particolare

(1) il sistema del voto preferenziale ordinale ideato da THOMAS HARE (*The Machinery of Representation*, 1857; *The Election of Representatives*, 1859; 4. ed. 1873) e promosso da JOHN STUART MILL (*Considerations on Representative Government*, 1861; da giovane Mill aveva frequentato a Montpellier le lezioni di Gergonne) è in vigore in Irlanda da quando è stata dichiarata la Repubblica, mentre

(2) il sistema proporzionale di lista libera ideato da ERNEST NAVILLE, (*Association réformatrice*, 1865; *Exposition et défense du système de la liste libre*, 1867), introdotto nel 1890 nel Canton Ticino, nel 1892 a Ginevra, è utilizzato dal 1919 ininterrottamente e con poche modifiche e differenze accessorie in Svizzera e nel Lussemburgo. Le soluzioni ideate nel 800 rispettano sia i principi democratici fondamentali dell'elezione uninominale o individuale, sia - nei limiti dei seggi da ripartire - quello dell'equa rappresentazione degli schieramenti.

## **2. La rappresentazione proporzionale**

*In assenza di una teoria rigorosa dell'equa rappresentanza si sono diffusi numerosi sistemi positivi, molto variegati, spesso malfatti, di solito a vantaggio di coloro che decidono le candidature o addirittura chi sarà eletto. Occorre riaffermare i principi logici e giuridici fondamentali.*

Per eleggere democraticamente un'intera assemblea di rappresentanti liberi ed uguali, senza vincolo di mandato (art. 67 Cost.), non valgono solo come per l'elezione monocratica le garanzie elettorali fondamentali (libero e uguale accesso alle candidature, voto libero e peso uguale, determinazione del risultato unicamente in base ai voti: artt. 48 e 51 Cost.), ma anche un'altra regola di uguale trattamento dei candidati e degli elettori nel coordinamento delle loro scelte attraverso partiti politici. *Tutti i cittadini hanno il diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico, a determinare la politica nazionale* (art. 49 Cost.), in particolare al momento delle elezioni, massimizzando attraverso l'associazione partitica il loro peso. *È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli ... che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono l'effettiva partecipazione di tutti ... all'organizzazione politica ... del Paese* (art. 3 Cost.). Il risultato elettorale deve quindi essere equo anche per i partiti: serve una certa proporzionalità fra preferenze e seggi (OMAR CHESSA, *Voto popolare e sistema elettorale nella Costituzione italiana*, cit., rinvia a Carlo Lavagna, *Il sistema elettorale nella Costituzione italiana*, 1952; questo autore aveva studiato il sistema costituzionale ed elettorale finlandese nel 1946 prima che fosse perfezionata pressoché nella sua attuale configurazione nel 1955).

Quando si divide l'elettorato in circoscrizioni, bisogna rispettare la proporzionalità fra seggi ed elettori (o residenti) e definire un criterio preciso della proporzionalità (art. 57 Cost., per il Senato). Esistono varie formule matematiche che tendono a vantaggiare o gli insiemi più grandi o quelli più piccoli. Negli Stati Uniti c'è stato un dibattito epico, solo sospeso da qualche decennio, sulla formula più adatta per ripartire equamente i seggi della Camera dei rappresentanti fra i singoli Stati (*fair apportionment*); esiste pure una ricca giurisprudenza sul corretto ritaglio dei collegi all'interno degli Stati (margine di disparità numerica e *gerry-mandering*). La stessa logica può essere utilizzata per assicurare agli schieramenti politici una certa proporzionalità fra le preferenze elettorali dei loro candidati e la ripartizione dei seggi in Parlamento.

Ammesso che la proporzionalità sia un corollario dell'uguaglianza, che una certa proporzionalità della rappresentanza parlamentare rispetto ai voti sia dovuta agli schieramenti politici, la normativa elettorale non può e non deve garantire la rappresentazione di tutte le correnti d'opinioni. Contrariamente alle suddivisioni territoriali, le preferenze politiche, gli ideali, gli obiettivi politici sono, infatti, infiniti e sovrapposti li uni agli altri, e non - come insinuano i fautori del

proporzionalismo estremo - delle categorie che dividono effettivamente gli elettori in gruppi chiusi contrapposti. Come per i candidati individuali conviene privilegiare anche per la rappresentazione dei partiti scelte mediane di compromesso che mettono d'accordo numerosi elettori piuttosto che scelte estreme rifiutate dalla maggior parte, purché siano gli elettori a decidere che cos'è mediano e che cos'è marginale. Siccome la normativa elettorale condiziona il coordinamento e quindi la formazione dei partiti (MAURICE DUVERGER, *Les partis politiques*, 1951; DOUGLAS W. RAE, *The Political Consequences of Electoral Laws*, 1967; GIOVANNI SARTORI, *Parties and Party Systems. A framework for Analysis*, 1976; ID. *The Influence of Electoral Systems. Faulty Laws or Faulty Methods?* 1986), l'esigenza di proporzionalità può essere solo una regola prudenziale, e non, come le garanzie elettorali fondamentali, un principio logico e giuridico rigoroso. Può diventare una regola giuridica rigorosa, se il legislatore sceglie una determinata soluzione e definisce condizioni e formule precise. Se quest'analisi è corretta, allora l'equo trattamento dei partiti è una regola relativa, subordinata ai diritti elettorali fondamentali. E se l'equa rappresentazione degli schieramenti, relativa e subordinata, può essere "bilanciata" con il suo contrario, la preponderanza degli schieramenti mediani (per facilitare la formazione di una maggioranza, la stabilità della maggioranza, la rapidità e la coerenza delle delibere e indirettamente il potere di decisione e la stabilità del governo), non può essere invocata, come fa la Corte nelle sentenze [1/2014](#) e [35/2017](#), per limitare pure i diritti elettorali individuali, a meno che sia impossibile o solo troppo complicato evitarlo. Ma non è né impossibile, né complicato, al contrario.

(1) Un primo limite logico e normativo della proporzionalità è il numero dei rappresentanti da eleggere: con un'assemblea di 200 deputati basta a un partito appena mezzo per cento dei consensi nazionali per meritarsi un seggio.

(2) La divisione dell'elettorato in circoscrizioni può essere un altro limite: se per eleggere 508 deputati l'elettorato è diviso in 135 collegi da 2 a 5 seggi ciascuno (come disponeva la legge Zanardelli del 1882), allora servono a un partito meno del 20% dei consensi (in realtà  $16,67\% = 1 : (5+1)$ ), e ancora meno per via della dispersione del voto, quindi meno del 15% in qualsiasi collegio (e meno del  $33\% = 1 : (2+1)$  nei collegi più piccoli, senza tener conto della dispersione) per conquistare almeno un seggio.

(3) Un terzo fattore sono la o le formule più o meno sbilanciate, interpretazioni matematiche convenzionali del concetto di per sé equivoco di proporzionalità (FRIEDRICH PUKELSHEIM, *Divisor oder Quote? Zur Mathematik von Mandatszuteilungen bei Verhältniswahlen*, 1998; [www.uni-augsburg.de/bazi/](http://www.uni-augsburg.de/bazi/)). Nella suddivisione fra enti territoriali si favoriscono di solito le unità più piccole, mentre per il riparto fra partiti o liste si opta spesso per la soluzione opposta (es.. con la formula D'Hondt o Jefferson). La soluzione più equilibrata è il metodo dei divisori con arrotondamento standard (Sainte-Lagué o Webster), sempre più diffusa. I due primi limiti sono quasi sempre definiti da, o definibili in base alla costituzione, mentre il terzo è spesso lasciato a discrezione del legislatore ordinario.

(4) Infine, il numero dei candidati e degli schieramenti in gara e la dispersione delle preferenze fra loro (tutti i voti a partiti che non riescono a far eleggere un candidato e i voti che superano il minimo per essere eletti) possono, in concreto, condizionare profondamente il risultato per i partiti. L'ultimo fattore è contingente, a meno di prevedere più turni per predeterminare il numero dei competitori finali.

Per un numero fisso di rappresentanti da eleggere, tutte le soluzioni positive immaginabili sembrano dei compromessi fra una proporzionalità massima calcolata sull'intero elettorato e minima replicando la scelta mediana in ogni collegio uninominale (<https://www.wahlrecht.de/systeme/grundtypen>). Tale modello giustifica la contrapposizione tradizionale fra sistemi proporzionali e sistemi maggioritari. In mezzo si troverebbero sistemi con divisioni in circoscrizioni sempre più piccole o con sistemi misti (LARA TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stati costituzionali*, cit.). In realtà, se si tiene conto anche del potenziale di formule super-maggioritarie (spesso con liste, del tipo *winner takes all*, o similari), il collegio uninominale si trova al centro del ventaglio delle possibilità, con, agli estremi, il riparto proporzionale nazionale con la

formula più neutra immaginabile da un lato e l'assegnazione di tutti i seggi all'unica lista vincente dall'altro. Oltre a questo schema teorico basato

- (1) sul numero dei seggi e
- (2) sulla scelta della formula, bisognerebbe tener conto
- (3) delle modalità di designazione elettorale e pre-elettorale dei candidati e degli eletti individuali.

A un secolo e mezzo dall'invenzione dei sistemi proporzionali non esiste una teoria logica, né tantomeno giuridica, seria di questa meccanica problematica, ma cruciale nella vita del governo democratico rappresentativo. Esistono descrizioni precise e neutre dei sistemi vigenti ([IDEA](#), Stoccolma; LARA TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stati costituzionali*, cit.); ma si studiano poco i difetti, errori, eccessi, forzature, complicazioni inutili o strumentali, manipolazioni nascoste più o meno palesi, tutti a vantaggio delle oligarchie partitiche. Disarmati, i giuristi e i giudici validano restrizioni ai diritti elettorali, abusive perché inutili ai fini invocati, motivate di solito con presunti obiettivi di proporzionalità o di maggioranza certa, prestabilita, di decisione più celere, di maggiore stabilità del governo (sentenze [1/2014](#) e [35/2017](#) della Corte costituzionale).

La proporzionalità massima si ottiene con un'unica ripartizione dei seggi fra schieramenti formati dai candidati (liste in teoria libere) o decisi dagli elettori attraverso il voto (preferenza ordinale). Il proporzionale nazionale crea però due tipi di problemi: una scarsa conoscibilità e competitività dei candidati a vantaggio di pochi illustri, facoltosi o potenti e un frazionamento illimitato della rappresentanza che tende a vanificare l'utilità degli schieramenti.

Esistono vari rimedi imperfetti ai difetti della proporzionalità nazionale illimitata:

(1) un doppio o triplo riparto a cascata prima nazionale poi nelle circoscrizioni può rendere il voto più individuale e l'elezione più responsabile, ma complica i calcoli; la proporzionalità a monte entra in conflitto con quella a valle e bisogna decidere quale far prevalere (FRIEDRICH PUKELSHEIM, CHRISTIAN SCHUMACHER, *Doppelproporz bei Parlamentswahlen - ein Rück- und Ausblick*, 2011);

(2) le soglie di sbarramento per limitare gli effetti di frazionamento sono contestate dai partiti meno votati, perché contraddicono il principio che giustifica l'uso delle liste;

(3) i premi di governabilità o di maggioranza invertono l'intera logica del sistema rispettandola solo all'interno della presunta maggioranza e della minoranza uscite dalle elezioni.

Un rimedio più netto preconizza il riparto unico e definitivo in circoscrizioni più o meno ampie, senza correttivo nazionale. I primi sistemi proporzionali erano pensati secondo questo modello. 1865 Ernest Naville propose di sostituire l'elezione dei 100 membri del Gran Consiglio di Ginevra in tre circoscrizioni attraverso un sistema maggioritario (in cui ogni elettore disponeva di un numero di voti pari al numero dei seggi e dove spesso un solo schieramento - i radicali liberali ed anticlericali - si aggiudicava tutti i seggi) con un sistema proporzionale di lista libera in cui le regole di voto rimanevano più o meno le stesse, ma con una nuova formula che prima assegnava i seggi proporzionalmente alle liste e poi in ordine di preferenza individuale ai singoli candidati. Questo sistema è stato adottato nel Canton Ticino (1890), in altri cantoni fra cui Ginevra (1892), in vari Länder dell'Impero tedesco e nel 1919, dopo un terzo referendum costituzionale propositivo, per l'elezione del Consiglio nazionale in tutti i cantoni elvetici. Altri paesi hanno scelto sistemi simili (proporzionale di lista a riparto circoscrizionale), ma con regole di voto e con formule diverse. Il caso più interessante, semplice ma scrupoloso, è la Finlandia (ÅSA VON SCHOULTZ-BENGTSSON, *Electoral Systems in Context: Finland*, 2017) che dopo mezzo secolo di gradualie miglie del sistema iniziale (1906) ha adottato nel 1955 l'attuale modello; riconosce ad ogni elettore un solo voto che vale sia per il candidato che per l'eventuale lista, permette candidature individuali e alleanze fra liste e garantisce l'accesso libero ed uguale alle candidature, il voto libero ed uguale e la rappresentazione proporzionale degli schieramenti nei limiti della dimensione delle circoscrizioni. Contrariamente ad un'opinione diffusa (es. OMAR CHESSA, *op.cit.*), il voto unico potenzia il potere di decisione dell'elettore, mentre la divisione della scelta fra individuo e schieramento può solo indebolirlo. In Germania una dottrina elettorale riformatrice vede proprio nel modello finlandese l'esempio da seguire (VOLKER VON PRITTWITZ, *Vollständig personalisierte Verhältniswahl*, 2003). Il sistema finlandese sarebbe una *best practice*, se non ci fossero grandi differenze fra le circoscrizioni che

contano da 7 a 27 seggi, oltre un collegio insulare uninominale. Circoscrizioni disomogenee creano disparità nella possibilità di successo degli schieramenti; circoscrizioni troppo ampie favoriscono un frazionamento eccessivo del Parlamento.

In entrambi i paesi con sistemi proporzionali di circoscrizione, Svizzera e Finlandia, esistono forti partiti di massa, i governi sono stabili, ma non sono tollerate limitazioni al potere si scelta degli elettori. Liste ordinate o bloccate vi sono considerate un obbrobrio senza alcuna giustificazione democratica: creando l'illusione di governi più stabili sopprimono in realtà la democraticità interna dei partiti che diventano gruppi autoreferenziali, si rinnovano per cooptazione e mirano alla massimizzazione del potere a vantaggio di gruppi di comando sempre più ristretti; indeboliscono e delegittimano la rappresentanza parlamentare, quindi la maggioranza e il governo che dovevano rinforzare. Nei due paesi menzionati la stabilità del governo è assicurata con strumenti che riguardano direttamente l'esecutivo, un governo direttoriale in un caso, un sistema presidenziale moderato nell'altro.

L'elezione democratica proporzionale, infine, è possibile non solo con liste libere, ma anche senza liste, come testimonia il sistema di voto singolo non trasferibile (o voto preferenziale ordinale) in piccoli collegi plurinominali in vigore da quasi 100 anni nella Repubblica d'Irlanda. Anche in questo caso la prima idea di Thomas Hare (1859) fu di eleggere tutti in una sola circoscrizione; si è poi reso conto con John Stuart Mill che conveniva proporre il nuovo sistema in collegi plurinominali. Dalla fondazione della Repubblica d'Irlanda (1921, nuova Costituzione del 1937) i deputati dell'assemblea legislativa (Dáil) sono eletti attraverso il sistema di voto proposto da Hare e Mill. Dall'ultimo aggiustamento numerico (*Electoral Amendment Act* del 2017) i 160 deputati sono eletti in 39 collegi da tre a cinque seggi ciascuno. La dimensione ridotta dei collegi ostacola un frazionamento eccessivo. Chiunque si può presentare con o senza partito; sono gli elettori a decidere chi nel loro collegio è eletto prima, chi dopo e chi non è eletto; con la loro classifica ordinale determinano a quale altro candidato va il loro voto se non serve per essere eletto a quello della loro prima preferenza. Alla prima tornata elettorale, o dopo una semplice simulazione, tutti sono in grado di capire come il sistema funziona. L'esecutivo, infine, è stabilizzato attraverso un presidente eletto direttamente.

Gli esempi della Svizzera, della Finlandia e dell'Irlanda mostrano che esistono sistemi che rispettano pienamente i diritti elettorali individuali, permettono di ripartire proporzionalmente i seggi nei limiti della dimensione delle circoscrizioni, funzionano con forti partiti di massa e hanno maggioranza relativamente stabili per merito di strumenti costituzionali che riguardano direttamente l'esecutivo e il suo rapporto con il legislativo.

**Lara Trucco**

**Audizione senatoriale in merito al [d.d.l. S. 881](#) su “Legge elettorale: per una determinazione dei collegi indipendente dal numero dei parlamentari”  
(Commissione Affari Costituzionali del Senato – giovedì 29 novembre 2018)**

1. Le presenti riflessioni concernono i contenuti e le problematiche del disegno di legge presentato in data 19 ottobre 2018 (nel prosieguo [d.d.l. S. 881](#)).

Testo che, come rivelato sin già nel titolo, si pone l’obbiettivo di “assicurare l’applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari” e che, come a voi noto, si compone di tre articoli, rispettivamente dedicati alla modifica del sistema di elezione della Camera dei deputati (art. 1) e di quello del Senato (art. 2), e di delegazione al Governo per la (eventuale) (ri)determinazione dei collegi elettorali. Delega alla quale, come meglio vedremo nel prosieguo (v. *infra* al §5) potrebbe essere dato seguito se dovessero andare in porto le iniziative di riforma costituzionale presentate pur sempre in questo ramo del Parlamento, volte alla “riduzione del numero dei parlamentari”, che mi propongo, dunque, per quanto di ragione, di tenere presenti nel corso dell’audizione (A.S. n. 214, n. 515 e n. 805, paralleli al [d.d.l. cost. S. 805](#)).

Perno del [d.d.l. S. 881](#) è la previsione della **sostituzione del numero fisso di collegi-seggi uninominali circoscrizionali** (ad oggi 232 per l’elezione della Camera dei deputati e 116 per quella del Senato) stabilito dalla legge n. 165 del 2017 (cd. *Rosatellum-bis*) **con un rapporto frazionario mobile**, pari a “tre ottavi” dei seggi di ambo le Camere, indipendentemente dal loro ammontare nella circoscrizione di riferimento. A tal fine, si è ripresa la tecnica di *drafting* che era stata utilizzata per la redazione delle leggi elettorali n. 276 e n. 277 del 1993 (cd. “*Mattarellum*”), a cui, del resto, com’è noto, ci si è direttamente ispirati nel redigere il *Rosatellum-bis*, nonché ora per stabilire la suddetta frazione dei “tre ottavi”.

Una tale tecnica sarebbe effettivamente in grado di garantire la disponibilità di dati numerici che in mancanza di una qualche variazione costituzionale del numero dei parlamentari, risulterebbero «identici a quelli attualmente stabiliti» (v. il *Dossier* predisposto dal vostro Ufficio studi) in linea, dunque, col “principio di neutralità” cui tende il Legislatore. Anche se poi, a ben vedere, un simile esito sarebbe ottenuto non senza un qualche accorgimento sul piano matematico, data la **differente contabilizzazione del risultato frazionario**, da portare all’“unità più prossima” per il calcolo dell’ammontare dei seggi uninominali del Senato ed invece all’unità inferiore per quelli della Camera dei deputati. Così che, per il Senato, al risultato di 115,875 – che arrotondato diventa giusto 116 – si arriverebbe calcolando i tre ottavi su di un totale di 309 seggi (gli attuali 315, incluso il seggio valdostano, oltre che i sei seggi del Trentino-Alto Adige e sottratti invece i 6 seggi esteri); mentre alla Camera gli attuali 232 seggi uninominali deriverebbero ora dall’applicazione dei tre ottavi su di un totale di 617 seggi (comprensivi, anche qui, dei sei seggi del Trentino-Alto Adige e non dei seggi esteri, ma ora nemmeno, si noti, del seggio valdostano): per cui si ottiene il risultato di 231,375 seggi – che va arrotondato a 231 – a cui va invece aggiunto qui il seggio della stessa Valle d’Aosta.

2. Un’ipotesi diversa si avrebbe, invece, se il **numero dei parlamentari venisse ridotto**, dato che, in questo caso, i dati numerici dovrebbero essere «proporzionalmente ridotti», infrangendosi quel carattere di tendenziale “neutralità” di cui si è per l’innanzi discorso. Vero è peraltro, come si dice nei lavori preparatori al d.d.l., che l’applicazione delle nuove norme elettorali non cambierebbe le proporzioni numeriche: tuttavia, sarebbe a nostro avviso opportuno mettere in conto il differente tasso di incidenza che lo stesso rapporto frazionario dei “tre ottavi” potrebbe verosimilmente svolgere se applicato sul mutato totale di seggi.



Peraltro, non ci sembra essere questa la sede in cui ragionare *funditus* delle implicazioni di un eventuale ridimensionamento dell'arena parlamentare (in particolare delle ripercussioni che una tale dinamica avrebbe sui delicati equilibri che assistono l'organizzazione ed il funzionamento interno delle Camere, anche a garanzia delle minoranze parlamentari). Va però qui osservato che ciò comporterebbe certamente un **ridimensionamento del grado di rappresentatività dell'organo**. Così, se dovesse andare in porto la riforma costituzionale (recata dal [d.d.l. cost. S. 805](#)) la riduzione (di circa il 36,5%) del numero di deputati da 630 a 400 e di quello dei senatori elettivi da 315 a 200 porterebbe ad un aumento del rapporto del numero degli abitanti per deputato da 96.006 a 151.210 mila e quello per ciascun senatore da 188.424 a 302.420 mila unità (v. il *Dossier* cit.).

Più nello specifico, sul versante dell'elettorato attivo diminuirebbe la capacità dei singoli elettori di influire sull'esito dell'elezione (cd. "efficienza elettiva *ex ante*"); mentre su quello dell'"elettorato passivo", i vari candidati per essere eletti avrebbero bisogno di più consenso. Il che è quanto dire che aumenterebbe il costo di ciascun seggio in termini di voti (secondo una dinamica che sarebbe riscontrabile anche sul piano matematico, dato che una tale dinamica provocherebbe un aumento del quoziente elettorale, calcolabile sulla base del rapporto tra totale dei voti e totale dei seggi).

Se a tutto questo, poi, si aggiunge la vigenza di un sistema di elezione basato su liste bloccate e che prevede la possibilità di candidature multiple (v. *infra*, il §6) qual è il *Rosatellum-bis*, ciò che se ne ricava è la **dilatazione che ne risulterebbe del potere delle segreterie dei partiti e dei movimenti politici**.

**3.** Continuando nell'analisi congiunta della proposta di legge ordinaria ([d.d.l. S. 881](#)) e di quella di revisione costituzionale ([d.d.l. cost. S. 805](#)), va ora considerato che, allo stato delle cose, il disegno delle circoscrizioni resterebbe invariato: per cui alle 20 necessariamente previste per il Senato (*ex art. 57, 1° c. Cost.*) continuerebbero ad affiancarsi le 28 della Camera dei deputati".

Pertanto, per il Senato si riproporrebbe un problema analogo a quello che si pose negli anni Sessanta, allorquando, a seguito dell'introduzione di un nuovo metodo di quantificazione del numero di seggi senatoriali, il formato circoscrizionale rimase invariato e si dovette procedere a "redistribuire" proporzionalmente i seggi all'interno dei vari territori (v. l'art. 2 della l. cost. 9 febbraio 1963, n. 2). Ciò, con la precisazione che mentre all'epoca si prese a riferimento il dato demografico, ora nell'operare la (re)distribuzione dei seggi si dovrebbe tenere altresì presente il ridotto rapporto frazionario dei "tre ottavi".

Il territorio nazionale dovrebbe quindi essere ripartito in un numero di collegi uninominali pari a "tre ottavi del totale dei seggi da eleggere nelle circoscrizioni nazionali": col che (tenuto conto degli "arrotondamenti" matematici, di cui si è detto) si avrebbero 74 collegi uninominali per il Senato e 146 per la Camera dei deputati; compreso, nell'un caso ed invece ancora da sommare, nell'altro caso, il seggio valdostano.

Su questa base, i seggi attribuiti con metodo proporzionale continuerebbero a ricavarsi "in negativo": sottraendo, cioè, i seggi maggioritari dal totale dei seggi di ciascun ramo parlamentare, per cui se ne avrebbero 122 per il Senato e 245 per la Camera dei deputati. Mentre, dal canto loro, i "seggi esteri" passerebbero da 12 a 8 alla Camera e da 6 a 4 al Senato (v. lo schema che segue), così da rendere ragione all'idea che la «rappresentanza nella Circoscrizione Estero» non ne uscirebbe incisa «in misura significativa» numericamente (v. il *Dossier* cit.).

SENATO	CAMERA DEI DEPUTATI
<ul style="list-style-type: none"> <li>- da 116 a <b>74</b> seggi attribuiti con <b>metodo maggioritario</b> (incluso 1 seggio della Valle d'Aosta)</li> <li>- da 193 a <b>122</b> seggi attribuiti con <b>metodo proporzionale</b></li> <li>- da 6 a <b>4</b> seggi esteri</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- da 232 a <b>146</b> seggi attribuiti con <b>metodo maggioritario</b></li> <li>- da 386 a <b>245</b> seggi attribuiti con <b>metodo proporzionale</b></li> <li>- da 12 a <b>8</b> seggi esteri</li> <li>- <b>1</b> seggio Valle d'Aosta</li> </ul>

Un discorso parzialmente diverso va fatto per la Valle d'Aosta, il cui seggio in ambo le Camere (v. *supra* al §1) nell'ambito ora di un Parlamento "a ranghi ridotti" vedrebbe innalzare ulteriormente il proprio tasso di incidenza nel contesto elettorale nazionale. Il che potrebbe forse indurre ad una riflessione sulla natura di una tale rappresentanza politica, specie con riguardo al seggio fisso nella Camera dei deputati (sancita dal "solo" Statuto speciale), in particolare per chi ritenga che persino il Trentino-Alto Adige, la cui rappresentanza trova garanzia (anche) in norme di natura internazionale, abbia dimostrato nell'occasione una certa disponibilità a procedere ad una qualche (ri)proporzionalizzazione dei propri seggi in Parlamento (v. gli artt. 2 e 3 del [d.d.l. S. 881](#)).

Ancora, merita di rilevarsi l'aumento di peso che si determinerebbe anche del potere di nomina del Capo dello Stato dei senatori a vita, dato che continuerebbero ad essere in numero di cinque (art. 59, 2° c. Cost.).

Per diverso profilo, poi, va considerata l'opportunità – s'intende dove si voglia tenere a riferimento il "principio di neutralità" – di **applicare il valore frazionario dei tre ottavi a tutti i valori numerici espressi ora in cifre intere** contenuti nei disposti comunque collegati al [d.d.l. S. 881](#). Così, si pensi ad es. al disposto che vuole che il numero di seggi nei vari collegi plurinominali sia "di norma, non inferiore a due e non superiore a otto", il quale richiederebbe di circoscrivere l'apertura della forbice tra "uno e tre" (art. 3, c. 2, lett. *b*) del *Rosatellum-bis*). Là dove delle criticità che deriverebbero se non dovesse essere riproporzionalizzato il "tetto massimo" di multicandidature tornerà a ragionarsi più avanti (v. *infra* il §6).

**4.** Un elemento problematico di sicuro interesse emerso anche nel corso dell'audizione è dato dalla **più accentuata "distanza"** che il combinato delle due riforme produrrebbe **nel rapporto tra il numero di seggi assegnati *ex ante* e la popolazione media**, specie con riguardo a determinate circoscrizioni territoriali (v. la tabelle che seguono).

<b>SENATO</b> ripartizione per Regione dei collegi uninominali (d.P.R. 28 dicembre 2017)					
Regione	Pop.	Seggi ora	Pop. media	Seggi AS <b>881</b> e <b>805</b>	Pop. media
Friuli-V.G.	1.218.985	2	609.493	<b>1</b>	<b>1.218.985</b>
Calabria	1.959.050	4	489.763	<b>2</b>	<b>979.525</b>
Toscana	3.672.202	7	524.600	<b>4</b>	<b>918.050</b>
Lazio	5.502.886	10	550.289	6	917.147
Umbria	884.268	2	442.134	1	884.268
Lombardia	9.704.151	18	539.120	11	882.195
Piemonte	4.363.916	8	545.490	5	872.783
Em.-Rom.	4.342.135	8	542.767	5	868.427
Sicilia	5.002.904	9	555.878	6	833.817
Campania	5.766.810	11	524.255	7	823.830
Sardegna	1.639.362	3	546.454	2	819.681
Puglia	4.052.566	8	506.571	5	810.513
Veneto	4.857.210	9	539.690	6	809.535
<b>Liguria</b>	<b>1.570.694</b>	<b>3</b>	<b>523.565</b>	<b>2</b>	<b>785.347</b>
<b>Marche</b>	<b>1.541.319</b>	<b>3</b>	<b>513.773</b>	<b>2</b>	<b>770.659</b>
<b>Abruzzo</b>	<b>1.307.309</b>	<b>2</b>	<b>653.655</b>	<b>2</b>	<b>653.654</b>
<b>Basilicata</b>	<b>578.036</b>	<b>1</b>	<b>578.036</b>	<b>1</b>	<b>578.036</b>
<b>Molise</b>	<b>313.660</b>	<b>1</b>	<b>313.660</b>	<b>1</b>	<b>313.660</b>
<b>Trentino A.A.</b>	<b>1.029.475</b>	<b>6</b>	<b>171.579</b>	<b>4</b>	<b>257.368</b>
<b>Valle d'Aosta</b>	<b>126.806</b>	<b>1</b>	<b>126.806</b>	<b>1</b>	<b>126.806</b>
<b>TOT./ MEDIA</b>	<b>59.433.744</b>	<b>116</b>	<b>489.879</b>	<b>74</b>	<b>803.158</b>

<b>CAMERA DEI DEPUTATI</b> ripartizione per Circostrizione dei collegi uninominali (d.P.R. 28 dicembre 2017)					
Regione	Pop.	Seggi ora	Pop. media	Seggi AS <b>881</b> e <b>805</b>	Pop. media
<b>Basilicata</b>	<b>578.036</b>	<b>2</b>	<b>289.018</b>	<b>1</b>	<b>578.036</b>
Piemonte 1	2.247.780	9	249.753	5	449.556
Umbria	884.268	3	294.756	2	442.134
Sicilia 2	2.637.441	10	263.744	6	439.573
Campania 1	3.054.956	12	254.579	7	436.422
<b>Abruzzo</b>	<b>1.307.309</b>	<b>5</b>	<b>261.461</b>	<b>3</b>	<b>435.769</b>
Lombardia 3	2.175.099	8	271.887	5	435.019
Piemonte 2	2.116.136	8	264.517	5	423.227
Lombardia 1	3.805.895	15	253.726	9	422.877
Lombardia 2	2.088.579	8	261.072	5	417.715
Veneto 2	2.923.457	11	265.769	7	417.636
Sardegna	1.639.362	6	273.227	4	409.840
Lombardia 4	1.634.578	6	272.430	4	408.644
Toscana	3.672.202	14	262.300	9	408.022
Friuli-V.G.	1.218.985	5	243.797	3	406.328
Puglia	4.052.566	16	253.285	10	405.256
Lazio 1	3.622.611	14	258.758	9	402.512
Em.-Rom.	4.342.135	17	255.420	11	394.739
Sicilia 1	2.365.463	9	262.829	6	394.243
<b>Liguria</b>	<b>1.570.694</b>	<b>6</b>	<b>261.782</b>	<b>4</b>	<b>392.673</b>
Calabria	1.959.050	8	244.881	5	391.810
Campania 2	2.711.854	10	271.165	7	387.407
Veneto 1	1.933.753	8	241.719	5	386.750
<b>Marche</b>	<b>1.541.319</b>	<b>6</b>	<b>256.886</b>	<b>4</b>	<b>385.329</b>
Lazio 2	1.880.275	7	268.611	5	376.055
<b>Molise</b>	<b>313.660</b>	<b>2</b>	<b>156.830</b>	<b>1</b>	<b>313.660</b>
<b>Trentino A.A.</b>	<b>1.029.475</b>	<b>6</b>	<b>171.579</b>	<b>4</b>	<b>257.368</b>
<b>Valle d'Aosta</b>	<b>126.806</b>	<b>1</b>	<b>126.806</b>	<b>1</b>	<b>126.806</b>
<b>TOT./MEDIA</b>	<b>59.433.744</b>	<b>232</b>	<b>250.449</b>	<b>147</b>	<b>404.311</b>

In particolare, è soprattutto con riguardo alla rappresentanza senatoriale che balza agli occhi la discrasia – ad oggi non così marcata – tra quei territori in cui un seggio verrebbe assegnato in rapporto ad una popolazione media intorno al milione di abitanti (v. Friuli-Venezia Giulia, ma anche Calabria e Toscana) e quelli in cui risulterebbero invece sufficienti solo seicentomila abitanti (v. Basilicata ed Abruzzo).

Sebbene poi, a ben vedere, le regioni nel complesso maggiormente beneficiarie dal rinnovato stato di cose sarebbero Liguria e Marche, dato che sarebbero le uniche a collocarsi al di sotto della media con riguardo all’elezione di rami del Parlamento; là dove, invece, la situazione di Basilicata ed Abruzzo risulterebbe almeno in parte compensata dall’*apportionment* per l’elezione della Camera dei deputati.

Infine, speciale tra le regioni non speciali continuerebbe ad essere il Molise, il quale, a fronte di poco più di trecentomila abitanti, si vedrebbe comunque attribuiti un seggio al Senato (in luogo dei due attuali, dei quali uno uninominale), e due alla Camera (in luogo dei tre attuali, dei quali due uninominali). Ora, per quanto riguarda il Senato, pur nutrendosi qualche dubbio circa la possibilità che la Regione si dimostri in grado di conquistare un qualche seggio uninominale “da sé”, grazie al meccanismo dei “più alti resti” (come invece si sostiene nel *Dossier* cit.), tale particolare condizione di favore troverebbe comunque una apposita “copertura” da parte della norma costituzionale (v. il ridetto [d.d.l. cost. S. 805](#)). Più problematica, invece, risulterebbe la situazione con riguardo alla Camera dei deputati, dato che qui rileverebbe con maggiore evidenza l’irragionevolezza dell’assegnazione *ex lege* alla regione da parte di una semplice legge ordinaria.

5. Sul piano “quantitativo”, al di là di quanto si è già detto (*supra*, al §3) circa il numero di collegi uninominali e plurinominali (v. le tabelle che seguono), va evidenziato il potenziamento **dell’impatto maggioritarizzante** del sistema di elezione, essendo, per così dire, nei numeri l’impossibilità di procedere ad una qualche “proporzionalizzazione” dei voti avendosi a disposizione solo quattro seggi, mediamente, per l’elezione della Camera e tre per quella del Senato.

SENATO						
Circoscriz. e collegi per seggi pluri.	Rosatellum-bis			D.d.l. S. 881 e del d.d.l. cost. S. 805		
	Seggi uni	Seggi pluri.	Media pluri.	Seggi uni	Seggi pluri.	Media pluri.
1. Piemonte (n. 2 collegi pl.)	8	14	7	5	9	4,5
2. V. d'Aosta (n. 0 collegi pl.)	1	0	0	1	0	0
3. Lombardia (n. 5 collegi pl.)	18	31	6,2	11	19	3,8
4. T.-A.A. (n. 1 collegi pl.)	6	1	1	4	1	1
5. Veneto (n. 2 collegi pl.)	9	15	7,5	6	9	4,5
6. Friuli V.G. (n. 1 collegi pl.)	2	5	5	1	4	4
7. Liguria (n. 1 collegi pl.)	3	5	5	2	3	3
8. Em.Rom. (n. 2 collegi pl.)	8	14	7	5	9	4,5
9. Toscana (n. 2 collegi pl.)	7	11	5,5	4	7	3,5
10. Umbria (n. 1 collegi pl.)	2	5	1	1	4	4
11. Marche (n. 1 collegi pl.)	3	5	5	2	3	3
12. Lazio 1 (n. 3 collegi pl.)	10	18	6	6	11	3,7
13. Abruzzo (n. 1 collegi pl.)	2	5	5	2	3	3
14. Molise (n. 1 collegi pl.)	1	1	1	1	0	0
15. Campania (n. 3 collegi pl.)	11	18	6	7	11	3,7
16. Puglia (n. 2 collegi pl.)	8	12	6	5	8	4
17. Basilicata (n. 1 collegi pl.)	1	6	6	1	4	4
18. Calabria (n. 1 collegi pl.)	4	6	6	2	4	4
19. Sicilia 1 (n. 3 collegi pl.)	9	16	5,3	6	10	3,3
20. Sardegna (n. 1 collegi pl.)	3	5	5	2	3	3
<b>TOTALE (n. 34 collegi pl.)</b>	<b>116</b>	<b>193</b>	<b>100,5: 20= 5,025</b>	<b>74</b>	<b>122</b>	<b>3,225</b>

CAMERA DEI DEPUTATI						
Circoscriz. e collegi per seggi pluri.	Rosatellum-bis			D.d.l. S. 881 e del d.d.l. cost. S. 805.		
	Seggi uni	Seggi pluri.	Media pluri.	Seggi uni	Seggi pluri.	Media pluri.
1. Piemonte 1 (n. 2 collegi pl.)	9	14	14	5	10	5
2. Piemonte 2 (n. 2 collegi pl.)	8	14	7	5	9	4,5
3. V. d'Aosta (n. 0 collegi pl.)	1	0	0	1	0	0
4. Lombardia 1 (n. 4 collegi pl.)	15	25	6,25	9	16	4
5. Lombardia 2 (n. 2 collegi pl.)	8	14	7	5	9	4,5
6. Lombardia 3 (n. 2 collegi pl.)	8	15	7,5	5	9	4,5
7. Lombardia 4 (n. 2 collegi pl.)	6	11	5,5	4	7	3,5
8. T.-A.A. (n. 1 collegio)	6	5	5	4	3	3
9. Veneto 1 (n. 2 collegi pl.)	8	12	6	5	8	4
10. Veneto 2 (n. 3 collegi pl.)		19	6,3	7	12	4
11. Friuli V.G. (n. 1 collegi pl.)	5	8	8	3	5	5
12. Liguria (n. 2 collegi pl.)	6	10	5	4	6	3
13. Em.-Rom. (n. 4 collegi pl.)	17	28	7	11	18	4,5
14. Toscana (n. 4 collegi pl.)	14	24	6	9	15	3,75
15. Umbria (1 collegio pl.)	3	6	6	2	4	4
16. Marche (n. 2 collegi pl.)	6	10	5	4	6	3
17. Lazio 1 (n. 3 collegi pl.)	14	24	8	9	15	5
18. Lazio 2 (n. 2 collegi pl.)	7	13	6,5	5	7	3,5
19. Abruzzo (n. 2 collegi pl.)	5	9	4,5	3	6	3
20. Molise (1 collegio pl.)	2	1	1	1	1	1
21. Campania 1 (n. 3 collegi pl.)	12	20	6,6	7	13	4,3
22. Campania 2 (n. 3 collegi pl.)	10	18	6	7	11	3,6
23. Puglia (n. 4 collegi pl.)	16	26	6,5	10	17	4,25
24. Basilicata (n. 1 collegio)	2	4	4	1	3	3
25. Calabria (n. 2 collegi pl.)	8	12	6	5	8	4
26. Sicilia 1 (n. 3 collegi pl.)	9	16	5,3	6	9	3
27. Sicilia 2 (n. 3 collegi pl.)	10	17	5,6	6	11	3,7
28. Sardegna (n. 2 collegi pl.)	6	11	5,5	4	7	3,5
<b>TOTALE (n. 63 collegi pl.)</b>	<b>232</b>	<b>386</b>	<b>160,0 5:28= 5,71</b>	<b>147</b>	<b>245</b>	<b>3,65</b>

Sul piano “qualitativo”, poi, ciò che ad oggi è possibile rilevare è la conferma, anche da questo punto di vista, dell’estensione del dato demografico alla base del disegno dei collegi (v. *supra* il §2), dal momento che la riduzione del numero di parlamentari porterebbe con sé un ampliamento dei territori riguardati dai collegi stessi.

Al momento non è dato, invece, ancora, di sapere in quanti e quali collegi plurinomiali i seggi attribuiti con metodo proporzionale (122 seggi del Senato e 245 della Camera) verranno distribuiti. Ed infatti, come si è in parte anticipato (v. *supra* il §1), il Legislatore ha disposto una **norma di delega** proprio nella prospettiva di una eventuale variazione della composizione delle Camere, al fine precipuo di consentire eventualmente una revisione del disegno dei collegi (art. 3 del [d.d.l. S. 881](#)). Stabilendo altresì che a situazione invece invariata dovrebbe rimanere ferma la determinazione dei collegi plurinomiali (in numero di 33 al Senato e 63 alla Camera dei Deputati) recata dalla normativa vigente (spec. dal d.lgs. n. 189 del 2017 e dai d.P.R. attuativi del 28 dicembre 2018).

Peraltro, l’efficacia della delega – da esercitarsi entro sessanta giorni dall’entrata in vigore della legge di revisione costituzionale – è stata condizionata alla promulgazione della stessa legge costituzionale, la quale, a sua volta, nel caso, dovrà avvenire entro ventiquattro mesi dall’entrata in vigore del disegno di legge in esame. E ciò a conferma di quanto già emerso in questa sede e cioè dell’incertezza circa il riparto dei collegi elettorali da tenere a riferimento se si dovesse andare ad elezioni «nel pur breve lasso di tempo intercorrente tra la data di entrata in vigore della legge costituzionale modificativa del numero dei parlamentari e la data di entrata in vigore del decreto legislativo chiamato alla rideterminazione dei collegi» (v. *Dossier cit.*).

Una tale evenienza, infatti, per quanto “improbabile” va comunque messa in conto, specie se si pensa alle complicazioni (spec., a seconda della formulazione del quesito) che potrebbero derivare nell’ipotesi di uno svolgimento della consultazione referendaria (*ex art. 138 Cost.*).

A mio avviso, una possibile soluzione per uscire dall’*impasse* sarebbe quella di prevedere (da parte della stessa norma costituzionale) che l’esercizio della delega possa avvenire entro sessanta giorni dall’approvazione della legge costituzionale, differendo e condizionando l’esercizio della delega in questione.

**6.** Conclusivamente vorrei portare l’attenzione sull’impatto che il combinato dei disegni di legge che si sono esaminati potrebbe verosimilmente avere su talune delle principali problematiche emerse in occasione della prima applicazione del *Rosatellum-bis* sul versante vuoi, ancora, dell’assegnazione dei seggi in collegi e circoscrizioni, vuoi su quello del sistema di voto.

Ci si riferisce, nello specifico, alle vicende – molte delle quali a tutt’oggi davanti ai giudici – legate alla cd. “traslazione dei seggi” (cd. “**effetto flipper**”) ed alla mancata assegnazione di tutti i seggi in palio per l’elezione (completa) di ambo le Camere (cd. “**seggi orfani**”). Circostanze che, com’è a voi noto, si sono rivelate particolarmente problematiche proprio per il Senato, in ragione del maggior rigore per un tale ramo del Parlamento (rispetto alla Camera dei deputati), delle norme costituzionali che ne presidiano “la base regionale” all’atto del disegno delle circoscrizioni, in vista dello dell’elezione.

A ben vedere i suddetti “effetti collaterali” del *Rosatellum-bis* sono stati dovuti principalmente alla previsione di liste bloccate “cortissime” (in quanto aventi un massimo di 4 candidati) e “limitate” (cd. “*truncated list*”, in quanto contenenti un numero di candidati mediamente inferiore rispetto al numero di seggi da eleggere); nonché, nel contempo, dalla riconosciuta possibilità per i candidati di presentarsi in più collegi (fino ad un massimo di 5 collegi plurinomiali in aggiunta ad 1 collegio uninominale).

L’insieme di tali condizioni, infatti, ha posto le premesse a che il bacino di candidati da cui attingere per l’assegnazione dei vari seggi potesse finire (come effettivamente è finito) per prosciugarsi, data l’impossibilità, in taluni territori, di andare a reperire il necessario numero di

candidati da portare in Parlamento al di là dei confini circoscrizionali (ovvero, per l'appunto come si diceva, della base regionale).

Ebbene, ci pare che, almeno da questo punto di vista, il combinato dei due disegni di legge possa dimostrarsi in grado di dare un contributo positivo alla causa. Ci si riferisce, in particolare, alla scelta che è stata compiuta nelle due proposte in discussione di mantenere invariato il tetto massimo di **quattro candidati da presentare in lista**. Ed infatti, il fatto di aversi a che fare ora (v. le tabelle *supra*, al §5) con una media di seggi da assegnare di quattro per la Camera e a tre per il Senato – in luogo dei sei e cinque precedenti – potrebbe ridurre le probabilità del ripresentarsi dei suddetti scenari.

Anche se poi a ridimensionare la portata di un simile miglioramento del sistema sarebbe verosimilmente la **perdurante possibilità di candidarsi in più collegi**. Il che è tanto più vero se solo si pensa che nei disegni di legge in questione non è prevista una qualche riproporzionalizzazione del “tetto massimo” di pluricandidabili, così che da un siffatto rinnovato stato di cose l'impatto di un tale meccanismo ne uscirebbe addirittura amplificato... con la conseguenza, per l'appunto, di remare ancora di più avverso la possibilità di procedere al ripescaggio dei candidati da eleggere varcando i confini circoscrizionali del Senato.

Di qui dunque, anche dal particolare angolo visuale che si è in questa sede adottato, l'auspicio di un “ripensamento” del meccanismo, addivenendo, nella migliore delle ipotesi, alla sua soppressione.

**Giovanni Tarli Barbieri**

**Il sistema elettorale per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia: problemi e prospettive dopo la [sent. 239/2018](#) della Corte costituzionale**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale successivi all'entrata in vigore della l. 10/2009: la [sent. 271/2010](#). - 3. La svolta data dalla [sent. 239/2018](#). - 4. Considerazioni conclusive: la necessità di correggere (senza stravolgere) il sistema di elezione dei parlamentari europei spettanti all'Italia.

1. *Considerazioni introduttive*

La [sent. 239/2018](#) della Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della l. 18/1979, come modificata dalla l. 10/2009, nella parte in cui fissa una soglia di sbarramento del 4% a livello nazionale per l'assegnazione dei seggi nelle elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia.

Si tratta di una pronuncia che costituisce probabilmente un punto di arrivo di un *trend* giurisprudenziale che nel corso dell'ultimo decennio ha visto un crescente attivismo tanto del giudice delle leggi quanto dei giudici amministrativi, intervenuti a più riprese su alcuni dei punti più qualificanti del sistema di elezione dei parlamentari europei.

Come è noto, detto sistema di elezione, disciplinato dalla l. 18/1979, in attuazione dell'Atto relativo all'elezione dei rappresentanti nel Parlamento europeo a suffragio universale diretto del 20 settembre 1976<sup>1</sup>, ha conosciuto prima modifiche circoscritte<sup>2</sup> e quindi una più significativa innovazione a seguito della già citata l. 10/2009, dopo che con la decisione del Consiglio 2002/772/CE-Euratom si era sancita l'incompatibilità tra la carica di parlamentare europeo e quella di parlamentare nazionale e, in materia di sistema di elezione, si era affermato che esso deve avvenire «a scrutinio di lista o uninominale preferenziale con riporto di voti di tipo proporzionale», comunque mantenendo complessivamente il carattere proporzionale del voto. In concreto, quindi, tale decisione lasciava agli Stati spazi di discrezionalità assai ampi, quali la scelta tra lo scrutinio di lista o il sistema di collegi uninominali<sup>3</sup>, l'ambito nel quale assegnare i seggi (centrale, circoscrizionale, misto), l'introduzione o meno di soglie di sbarramento (comunque non superiore al 4%), le modalità di scelta dei candidati (voto di preferenza o meno), la disciplina delle surrogazioni, l'individuazione di tetti alle spese elettorali.

Prima del 2009 la Corte costituzionale era intervenuta con la [sent. 104/2006](#) dichiarando incostituzionali gli artt. 41, comma 1, e 22, ultimo comma, della l. 18/1979, nella parte in cui non prevedevano che il termine per l'esercizio del diritto di opzione del candidato proclamato eletto in più circoscrizioni decorresse dalla data di comunicazione dell'ultima proclamazione, quale risultante dall'ultimo attestato. La pronuncia in questione ha toccato una tematica particolare ancorché foriera di sviluppi successivi, laddove affermava che «il diritto di optare per una delle circoscrizioni nelle quali il candidato è risultato eletto costituisce il modo per consentirgli di instaurare uno specifico legame, in termini di rappresentanza politica, con il corpo degli elettori appartenenti a un determinato

---

<sup>1</sup> Sull'evoluzione della disciplina fino al 2009, per tutti, S. TESCAROLI, *Il diritto elettorale nell'Unione europea. Profili costituzionali comparati*, Roma, Aracne, 2007, pp. 195 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

<sup>2</sup> In particolare, ad opera della l. 61/1984 (cfr. par. 4); della l. 78/2004, di attuazione della decisione 2002/772/CE, del Consiglio; della l. 90/2004, che modifica la disciplina delle incompatibilità per cariche elettive regionali e locali, introduce alcune previsioni a tutela dell'equilibrio della rappresentanza di genere, di ampliamento delle fattispecie di esenzione delle sottoscrizioni per talune liste di candidati; del d.l. 408/1994 (convertito, con modificazioni, dalla l. 483/1994), di attuazione della direttiva 93/109/CE del Consiglio.

<sup>3</sup> Come detto nel testo, comunque collegato a un sistema di riparto dei seggi di tipo proporzionale.

collegio ed è esplicazione del diritto di elettorato passivo, garantito a tutti i cittadini dall'art. 51, primo comma, Cost.»<sup>4</sup>.

La [sent. 104/2006](#) è stata infatti richiamata nella [sent. 35/2017](#) riguardante il sistema elettorale per la Camera dei deputati c.d. *italicum* (l. 52/2015), a ribadire la diversità tra l'opzione in un sistema elettorale che consenta agli elettori di esprimere voti di preferenza (e tra questi quello per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia) e, al contrario, in un sistema elettorale, come l'*italicum*, che preveda capilista bloccati: in questo caso, infatti, «l'opzione arbitraria consente al capolista bloccato eletto in più collegi di essere titolare non solo del potere di prescegliere il collegio d'elezione, ma altresì, indirettamente, anche di un improprio potere di designazione del rappresentante di un dato collegio elettorale, secondo una logica idonea, in ultima analisi, a condizionare l'effetto utile dei voti di preferenza espressi dagli elettori»<sup>5</sup>.

Non è questa la sede per analizzare i dubbi che la [sent. 35/2017](#) ha posto in questa parte<sup>6</sup>: si può comunque affermare che essa ha, per così dire, finito per ribadire indirettamente la legittimità costituzionale dell'opzione nella l. 18/1979 e, più in generale, in tutte le leggi elettorali che consentano agli elettori di scegliere uno o più candidati e a questi ultimi di candidarsi in più circoscrizioni<sup>7</sup>.

## 2. Gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale successivi all'entrata in vigore della l. 10/2009: la [sent. 271/2010](#)

Dopo l'entrata in vigore della l. 10/2009, la Corte costituzionale è intervenuta in tre occasioni, con esiti del tutto opposti rispetto allo scrutinio sulle leggi elettorali per il Parlamento nazionale: mentre infatti con le [sentt. 1/2014](#) e [35/2017](#) la Corte ha “colpito al cuore” prima la legge “Calderoli” e quindi l'*italicum*, le [sentt. 271/2010](#), [110/2015](#) e da, ultimo, [239/2018](#) hanno salvato l'impianto della l. 18/1979 anche a seguito delle modifiche operate nel 2009.

In particolare, la [sent. 271/2010](#) si è pronunciata su due questioni, una relativa al riparto dei seggi tra le liste a livello nazionale, l'altra relativa al fenomeno del c.d. “slittamento” dei seggi<sup>8</sup>.

Rinviano l'analisi della seconda questione al par. 4, occorre soffermarsi sulla prima.

La Corte ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità che riguardava la previsione secondo la quale, ai fini del riparto dei seggi non attribuiti in base ai quozienti interi, «si considerano resti anche le cifre elettorali nazionali delle liste che non hanno raggiunto il quoziente elettorale nazionale» (art. 21, comma 1, n. 2, l. 18/1979). Ad avviso del giudice *a quo*, tale disciplina sarebbe risultata illegittima nella parte in cui essa non prevede che si considerino resti anche le cifre elettorali nazionali delle liste che non hanno raggiunto la soglia di sbarramento del 4%, negando, in tal modo, a tali liste il c.d. “diritto di tribuna”.

---

<sup>4</sup> Considerato in diritto, n. 3.1. Su tale pronuncia, in particolare, D. PICCIONE, *L'irragionevolezza della disciplina sull'opzione per il candidato eletto in più circoscrizioni: le problematiche conseguenze di un'apodittica sentenza di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 2006, pp. 1027 ss.; P. GOTTI, *Principio di pubblicità dell'azione amministrativa e tutela del diritto di opzione del candidato eletto in più circoscrizioni alle elezioni europee*, in *Giur. it.*, 2007, pp. 574 ss. Cfr. anche B.G. MATTARELLA, *Il rilievo costituzionale del principio di pubblicità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, pp. 171 ss.; P. MEZZANOTTE, *Il tortuoso percorso del giusto procedimento come garanzia costituzionale dei diritti*, in *Percorsi costituzionali*, 2010, pp. 101 ss.

<sup>5</sup> [Sent. 35/2017](#), considerato in diritto, n. 12.2.

<sup>6</sup> Sul punto, sia consentito un rinvio al mio *La legislazione elettorale nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018, pp. 114 ss.

<sup>7</sup> Peraltro, nelle elezioni del 2014 solo due candidati (Matteo Salvini e Barbara Spinelli) sono stati eletti in più circoscrizioni (rispettivamente in tre e in due circoscrizioni).

<sup>8</sup> Sulla [sent. 271/2010](#), cfr., in particolare, C. PINELLI, *Eguaglianza del voto e ripartizione dei seggi tra le circoscrizioni*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 3322 ss.; G. FERRI, *Nuovi e vecchi problemi del sistema di elezione dei parlamentari europei: l'assegnazione dei seggi attribuiti con i resti e lo «spostamento» dei seggi da una circoscrizione all'altra*, *ivi*, pp. 3326 ss.; M. BETZU, *Mezzogiorno e seggi europei quattro anni dopo la sentenza della Corte costituzionale 271 del 2010*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 28 agosto 2014.



La Corte costituzionale ([sent. 271/2010](#)) ha ravvisato una contraddizione nell'ordinanza di rimessione, perché il giudice *a quo*, da un lato, avrebbe giudicato manifestamente infondata una ipotetica questione di costituzionalità riferita all'introduzione della soglia di sbarramento e, dall'altro, avrebbe censurato la disciplina relativa all'attribuzione dei seggi in base ai resti che esclude da tale riparto le liste che non l'abbiano superata<sup>9</sup>. Importante è il passaggio nel quale si legge testualmente: «In ogni caso, ove pure si ammettesse che una clausola di sbarramento, che estrometta del tutto dall'attribuzione dei seggi le liste sotto il 4%, senza alcun correttivo, sia in contrasto con i parametri costituzionali indicati dal Collegio rimettente, va osservato che quest'ultimo domanda una pronuncia additiva. Il giudice a quo, infatti, chiede a questa Corte di introdurre un meccanismo diretto ad attenuare gli effetti della soglia di sbarramento, consistente nel concedere alle liste che non l'abbiano superata la possibilità di partecipare, con le rispettive cifre elettorali, alla aggiudicazione dei seggi distribuiti in base ai resti. Ma tale attenuazione non ha una soluzione costituzionalmente obbligata, potendosi immaginare numerosi correttivi volti a temperare gli effetti della soglia di sbarramento, a partire dalla riduzione della soglia stessa. / Ne deriva, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, che la questione sollevata, sollecitando un intervento additivo in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, deve ritenersi inammissibile»<sup>10</sup>.

È solo con la [sent. 110/2015](#) che la Corte costituzionale è stata chiamata ad affrontare direttamente la questione concernente la soglia di sbarramento introdotta dalla l. 10/2009<sup>11</sup>.

Tuttavia, la sentenza in questione ha dichiarato inammissibile la relativa questione di legittimità costituzionale perché non sollevata nell'ambito di un giudizio principale promosso a tutela del diritto di voto, passivo o attivo, avente a oggetto la vicenda elettorale e, in particolare, i suoi risultati bensì, come nel caso della [sent. 1/2014](#), nell'ambito di un'azione di accertamento a tutela del diritto di voto; nella pronuncia, infatti, si legge che «al di fuori di una determinata vicenda elettorale nella quale sia dedotta la violazione di uno specifico diritto di voto, non può essere ritenuta ammissibile un'azione con la quale venga richiesto l'accertamento in astratto del contenuto di tale diritto, come regolato dall'art. 21, primo comma, numeri 1-bis) e 2), della legge n. 18 del 1979, sull'asserito presupposto dell'illegittimità costituzionale di queste disposizioni»<sup>12</sup>.

Viceversa, secondo la Corte, un'azione di accertamento del genere è ammissibile, ed anzi l'unica via di accesso alla giustizia costituzionale nel caso delle leggi elettorali per il Parlamento nazionale, alla stregua di quanto previsto dall'art. 66 Cost.: «Di conseguenza il *vulnus* che si lamenti arrecato a un diritto fondamentale, quale è il diritto di voto, da una normativa elettorale che si sospetti costituzionalmente illegittima non potrebbe essere eliminato attraverso lo strumento del giudizio incidentale»<sup>13</sup>.

La differenza tra quanto affermato dalla Corte nella [sent. 1/2014](#) (ribadita sul punto dalla [sent. 35/2017](#)) e nella [sent. 110/2015](#) è stata criticata da una parte della dottrina non solo perché l'esistenza di una zona franca e quindi l'impossibilità di coinvolgimento della Corte per altra via da argomento *ad abundantiam* nella prima pronuncia, nella seconda è elemento decisivo per dichiarare

---

<sup>9</sup> Di qui la contraddizione: «Se la soglia di sbarramento è legittima – come il giudice rimettente riconosce – allora non può censurarsi la conseguente scelta del legislatore di escludere dall'attribuzione dei seggi in base ai resti le liste che non l'abbiano superata; se, invece, la disciplina sul riparto dei seggi in base ai resti è illegittima, nella parte in cui esclude le liste che non abbiano superato la soglia di sbarramento – come il giudice rimettente lamenta – allora non può sostenersi che il legislatore possa legittimamente introdurre tale soglia»: *considerato in diritto*, n. 4.2.

<sup>10</sup> *Considerato in diritto*, n. 4.2. La Corte esclude quindi che, sulla base di una interpretazione meramente testuale, sia possibile la partecipazione delle liste che non raggiungano la soglia di sbarramento alla ripartizione dei seggi non attribuiti in base ai quozienti interi.

<sup>11</sup> Su tale pronuncia, in particolare, R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 110/2015*, in *Foro it.*, 2015, I, cc. 2618 ss.; F. SORRENTINO, *La Corte e i suoi precedenti: overruling o continuità?*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 886 ss.; G. D'AMICO, *Il sindacato di costituzionalità della normativa elettorale dopo la sent. n. 1 del 2014*, in *Le Regioni*, 2015, pp. 1000 ss.; S. LIETO, P. PASQUINO, *Porte che si aprono e che si chiudono. La sentenza n. 110 del 2015*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 24 giugno 2015.

<sup>12</sup> *Considerato in diritto*, n. 3.5.

<sup>13</sup> *Considerato in diritto*, n. 3.3.

l'inammissibilità della questione di costituzionalità<sup>14</sup>; come è stato efficacemente affermato, «diviene difficile sfuggire a questa alternativa: o è inammissibile che in sede di un giudizio di accertamento si sollevi questione di legittimità costituzionale della legge elettorale, per le ragioni indicate da parte della dottrina (*fictio litis*, difetto di incidentalità, ecc.) oppure [...] un'impugnativa del genere è perfettamente ammissibile. Nella prima ipotesi ha errato la [sent. 1/2014](#), nella seconda la [n. 110/2015](#)»<sup>15</sup>.

Vi è infine un ulteriore punto che merita di essere evidenziato perché testualmente ripreso dalla [sent. 239/2018](#)<sup>16</sup>, ovvero l'affermazione secondo la quale con l'introduzione della soglia di sbarramento il legislatore italiano ha esercitato «la propria discrezionalità nell'ambito di quanto consentito dall'ordinamento europeo», in particolare dall'art. 3 dell'Atto relativo all'elezione dei rappresentanti del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, come modificato dalla decisione del Consiglio 25 giugno 2002, n. 2002/772/CE/Euratom, che non impone affatto questa scelta «ma semplicemente ne consente l'adozione ai singoli Stati membri nella misura massima del cinque per cento»<sup>17</sup>; pertanto la Corte nega che vi sia in questo ambito una questione pregiudiziale che coinvolga la Corte di giustizia, «non sussistendo dubbi di sorta sull'esatto significato dell'evocata previsione del diritto dell'Unione europea»<sup>18</sup>.

### 3. La svolta data dalla [sent. 239/2018](#)

Riproposta dal Consiglio di Stato<sup>19</sup> nell'ambito di un giudizio relativo all'impugnazione dell'atto di proclamazione dei candidati eletti nelle elezioni del 2014<sup>20</sup>, la questione di legittimità costituzionale degli artt. art. 21, comma 1, nn. 1-*bis*) e 2) (nel testo risultante dall'art. 1 della l. 10/2009) e 22 della l. 18/1979 è stata dichiarata infondata dalla Corte costituzionale nella [sent. 239/2018](#) con una motivazione invero assai articolata.

Il giudice *a quo* impugna le disposizioni relative alla soglia di sbarramento adducendo, in particolare che esse *a*) limiterebbero «in modo irragionevole e ingiustificato il presidio di democraticità rappresentato dalla piena valorizzazione del voto», con la conseguenza della violazione dell'art. 1, secondo comma, Cost.; *b*) recherebbero «un regolamento irragionevole dei diversi interessi e valori che vengono in rilievo» senza che si possa rinvenire «un'adeguata *ratio* giustificatrice nel perseguimento di concomitanti finalità di interesse generale» (di qui la violazione dell'art. 3 Cost.); *c*) determinerebbero «la sostanziale esclusione dalla rappresentanza politica di ampie fasce dell'elettorato senza che ciò risulti giustificato – e, in qualche misura, “controbilanciato” – dalla

---

<sup>14</sup> R. ROMBOLI, *La riforma costituzionale e la sua incidenza sulla oscillazione del pendolo verso l'“anima politica” della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 2016, 2, p. 127.

<sup>15</sup> F. SORRENTINO, *La Corte e i suoi precedenti*, cit., p. 889.

<sup>16</sup> *Considerato in diritto*, n. 4 e, indirettamente, n. 2.1.2.

<sup>17</sup> *Considerato in diritto*, n. 2.

<sup>18</sup> Sul punto, G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 440-441.

<sup>19</sup> Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2016, n. 3673, in *Giustizia Amministrativa*. Si tratta di un giudizio di appello promosso dall'on. Giorgia Meloni e altri per la riforma della sentenza del Tar Lazio, sez. II-*bis*, 23 novembre 2015, n. 13214 (*ivi*).

<sup>20</sup> Per l'evidente differenza con la questione risolta nella [sent. 110/2015](#), la Corte costituzionale disattende la censura di inammissibilità per difetto di incidentalità della questione di legittimità costituzionale (*considerato in diritto*, n. 2.3 e 2.2.1), anche in considerazione del fatto che un'eventuale pronuncia di accoglimento non sarebbe idonea a esaurire la tutela richiesta, poiché sarebbe comunque necessario il successivo annullamento dell'atto di proclamazione degli eletti da parte del giudice amministrativo (*considerato in diritto*, n. 2.2.1).

È inoltre disattesa un'eccezione relativa al difetto di interesse dei ricorrenti nel giudizio *a quo* consistente nel fatto che le elezioni già svolte non potrebbero essere toccate dall'eventuale annullamento della legge in quanto “fatto esaurito” con la proclamazione degli eletti (così la [sent. 1/2014](#)). Sul punto la Corte osserva che «poiché le questioni di legittimità costituzionale sono state sollevate a seguito dell'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo dell'atto di proclamazione, le elezioni non rappresentano un fatto esaurito, con la conseguenza che l'eventuale annullamento della legge elettorale si riflette sull'esito del giudizio amministrativo» (*considerato in diritto*, n. 2.2.2).

predicata finalità di accrescere per tale via la stabilità degli organi elettivi legati da un vincolo fiduciario all'istituzione parlamentare», violando quindi il principio di eguaglianza del voto (ex art. 48 Cost.).

La Corte correttamente ritiene che le censure prospettate, pur riferite a diversi parametri costituzionali, possano essere unificate dal fatto che esse investono la legittimità costituzionale delle disposizioni impugnate in ragione della loro presunta irragionevolezza. Pertanto - afferma la sentenza in esame - «a essere censurata è dunque l'operazione di bilanciamento tra gli opposti «interessi e valori» che sta alla base della previsione di una clausola di sbarramento per l'accesso al riparto dei seggi, e ciò che questa Corte è tenuta in particolare a verificare è se le norme censurate determinino una eccessiva e intollerabile compressione del principio di rappresentatività e di eguaglianza del voto»<sup>21</sup> e quindi se «il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale»<sup>22</sup>.

In premessa, opportunamente la pronuncia si sofferma sulla natura delle soglie di sbarramento, generalmente associata a sistemi elettorali proporzionali o a sistemi misti, nei quali una quota di seggi sia assegnata con metodo proporzionale.

La sentenza giustamente qualifica la previsione delle soglie di sbarramento come «una regola integrativa del sistema proporzionale»<sup>23</sup>, in linea con la dottrina anche politologica la quale ha osservato che esse rappresentano uno degli strumenti più efficaci per influire sulla rappresentanza partitica<sup>24</sup>, anche se la loro importanza appare variabile<sup>25</sup>, dipendendo da numerosi fattori, quali il livello di applicazione (nazionale ovvero circoscrizionale, ovvero entrambi); l'ambito di assegnazione dei seggi (nazionale o circoscrizionale o misto); l'entità percentuale della soglia; i soggetti destinatari (liste singole ovvero anche liste apparentate)<sup>26</sup>. In ogni caso, la presenza di una soglia incide non solo sugli effetti del sistema elettorale ma anche, conseguentemente, sull'offerta elettorale, giacché essa può indurre più formazioni partitiche a non presentarsi «optando invece per soluzioni di confluenza o coalizionali o extraparlamentari»<sup>27</sup>.

Giustamente quindi la sentenza in esame sottolinea la «variegata gamma di possibili variazioni e combinazioni, tale da rendere complessa la determinazione della portata e degli effetti dei diversi tipi di soglia», per cui «qualsiasi valutazione di una previsione di sbarramento e dei suoi effetti sul concreto funzionamento di un sistema elettorale deve tenere conto della necessità di contestualizzarne l'analisi alla luce delle condizioni politico-partitiche, storiche e sociali di riferimento e in particolare dell'ambito territoriale in cui quel sistema elettorale trova applicazione»<sup>28</sup>.

Da questo punto di vista, quasi didatticamente, è posta la distinzione tra soglie di sbarramento esplicite, che impediscono l'accesso alle liste che non superino la soglia percentuale fissata dalla

---

<sup>21</sup> *Considerato in diritto*, n. 6.1.

<sup>22</sup> *Considerato in diritto*, n. 2.1.1.

<sup>23</sup> *Considerato in diritto*, n. 6.2.

<sup>24</sup> G. BALDINI, A. PAPPALARDO, *Sistemi elettorali e partiti nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 10. Sul punto, in particolare, cfr. anche, per tutti, A. LUPHART, *Electoral System and Party System. A Study of Twenty-seven Democracy, 1945-1990*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

<sup>25</sup> Così, ad esempio, G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 23, pur riconoscendo che «di regola gli sbarramenti soddisfano lo scopo per il quale sono stati concepiti», osserva che «la loro efficacia è stata sopravvalutata nel caso tedesco, poiché non è stata la *Sperrklausel* a eliminare, nella Repubblica di Bonn, il partito neo-nazista e quello comunista».

<sup>26</sup> G. BALDINI, A. PAPPALARDO, *Sistemi elettorali*, cit., pp. 10-11 che si richiamano, in particolare a D. NOHLEN, *Thresholds*, in R. ROSE (a cura di), *International Encyclopedia of Elections*, Londra, Mcmillan, 2000, pp. 310-311.

<sup>27</sup> F. LANCHESTER, *Sistemi elettorali e forma di governo*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 145. Sul punto, da ultimo, con riferimento alla letteratura costituzionalistica, L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011 pp. 217 ss. che si richiama, in particolare, a G.W. COX, *I voti che contano. Il coordinamento strategico nei sistemi elettorali*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 98.

<sup>28</sup> *Considerato in diritto*, n. 6.2.

legge<sup>29</sup>, e soglie di sbarramento implicite, derivanti dal «particolare funzionamento del sistema elettorale o, più semplicemente, del numero dei seggi da assegnare o delle dimensioni dei collegi. È chiaro, per esempio, che un numero dei seggi molto basso produrrà un effetto preclusivo potenzialmente assai più rilevante di una soglia di sbarramento, e finanche di una soglia abbastanza alta»<sup>30</sup>.

Da un punto di vista puramente matematico, le soglie implicite sono intrinseche a ogni sistema elettorale, poiché anche il più proporzionale di quelli ipotizzabili, in ragione del numero non illimitato dei seggi da assegnare, non riesce a soddisfare l'accesso alla rappresentanza a prescindere dal numero dei voti ottenuti<sup>31</sup>. In generale, in primo luogo rileva il livello di applicazione dei seggi, poiché, come è stato efficacemente osservato, «il fattore che più determina la proporzionalità o disproporzionalità dei sistemi proporzionali è la *grandezza della circoscrizione*, dove la “grandezza” è misurata dal numero di seggi in palio. Così, e senza riguardo alle sottigliezze matematiche, più ampia è la circoscrizione e maggiore è la proporzionalità [...] All'inverso, più piccola la circoscrizione, minore la proporzionalità»<sup>32</sup>.

Evidentemente, la combinazione del numero di assegnazione dei seggi e della formula adottata può risultare determinante ai fini della definizione degli effetti del sistema elettorale<sup>33</sup>; e non a caso, sono numerosi e ben noti gli studi relativi alle interazioni tra queste due dimensioni<sup>34</sup>, anche se, oltre a esse ne risultano rilevanti altre<sup>35</sup>.

Da questo punto di vista, non è irrilevante il fatto che la legge per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia preveda un meccanismo di assegnazione dei seggi a livello nazionale, con successiva “restituzione” dei seggi in cinque macrocircoscrizioni di dimensione pluriregionale<sup>36</sup> ed in questo senso appare diverso (e potenzialmente meno selettivo) rispetto ad altri sistemi elettorali che prevedono l'assegnazione dei seggi a più livelli territoriali, con l'eventuale applicazione di soglie più o meno elevate.

Una classica distinzione riguarda l'entità delle soglie, che appare variabile, risultando a livello comparatistico in alcuni casi bassa e talvolta più bassa rispetto a quelle implicite, e quindi inutile nella prospettiva della selezione della rappresentanza, in altri casi alta, tanto da dare luogo a dubbi di legittimità costituzionale<sup>37</sup>.

Non è però sull'entità che il giudice *a quo* dubita, ma sulla previsione stessa della soglia, poiché essa determinerebbe «una compressione dei principi di piena democraticità e pluralismo del sistema rappresentativo che non rinvergono un'adeguata *ratio* giustificatrice nel perseguimento di

---

<sup>29</sup> Come è stato opportunamente ricordato, generalmente le soglie sono fissate con riferimento ai voti validamente espressi, essendo del tutto sporadici i casi in cui la legge elettorale prevede meccanismi calcolati sul totale degli aventi diritto: L. TRUCCO, *Democrazie elettorali*, cit., p. 214. Di regola, la soglia è stabilita in una percentuale ma non mancano casi in cui essa è diversamente prevista: così, come è noto, la legge elettorale per la Camera dei deputati subordinava l'accesso al riparto dei seggi nel collegio unico nazionale alle sole liste che avessero ottenuto almeno un seggio in una circoscrizione e almeno 300.000 voti a livello nazionale (art. 83, d.P.R. 361/1957; su tale previsione, per tutti, A. SPREAFICO, *Il rendimento dei sistemi elettorali: il caso italiano*, in *Quad. cost.*, 1981, pp. 489 ss.).

<sup>30</sup> *Considerato in diritto*, n. 6.2.

<sup>31</sup> Per ottenere il massimo della proporzionalità, occorrerebbe, come è noto, che i seggi assegnati fossero pari al numero dei voti validamente espressi.

<sup>32</sup> G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, cit., pp. 20-21.

<sup>33</sup> Si pensi al sistema di elezione del Congresso dei deputati spagnolo, i cui elementi determinanti sono dati, più che dalla soglia di sbarramento esplicita, dall'assegnazione dei seggi nelle circoscrizioni provinciali e dall'utilizzazione in esse del metodo *d'Hondt*: sul punto, per tutti, M. CACIAGLI, *Spagna: proporzionale con effetti (finora) maggioritari*, in O. MASSARI, G. PASQUINO (a cura di), *Rappresentare e governare*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 129 ss.; T. GROPPI, *Sistemi elettorali e forma di governo: il caso spagnolo*, in S. GAMBINO (a cura di), *Forme di governo e sistemi elettorali*, Padova, Cedam, 1995, pp. 109 ss.

<sup>34</sup> Sul punto, per tutti, S. ROKKAN, *Cittadini, elezioni, partiti*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 247 ss.

<sup>35</sup> Tra queste, il tipo di suffragio, la conformazione delle liste, la previsione di eventuali soglie esplicite di sbarramento e di eventuali premi di maggioranza: G.W. COX, *I voti che contano*, cit., p. 89.

<sup>36</sup> Su tale meccanismo di “restituzione” cfr. *infra*, par. 4.

<sup>37</sup> Sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul punto, in particolare, R. DE CARIA, *Soglie elettorali e tutela delle minoranze. Il caso Yumak e Sadak c. Turchia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 1912 ss.

concomitanti finalità di interesse generale e che, quindi, sembrano travalicare i limiti propri del ragionevole esercizio dell'*interpositio legislatoris*». E ciò non si potrebbe giustificare con l'«obiettivo di limitare la frammentazione delle forze politiche e quindi di garantire una maggior stabilità agli organi elettivi», «stante l'assenza di un vincolo propriamente fiduciario che caratterizza i rapporti fra il Parlamento e la Commissione europea»<sup>38</sup>.

Sul punto, come accennato, la sentenza in commento si richiama alla propria giurisprudenza precedente, per cui in materia elettorale il legislatore gode di un'ampia ma non illimitata sfera di discrezionalità, la Corte potendo censurare, in punto di manifesta irragionevolezza, il sacrificio dell'esigenza di rappresentare l'universalità dei cittadini elettori allo scopo di assicurare la governabilità e della necessità «di evitare la frammentazione politico-partitica che potrebbe rallentare o paralizzare i processi decisionali all'interno dell'assemblea parlamentare». Si tratta di due esigenze che, seppure connesse, sono considerate distintamente perché attinenti a profili diversi delle funzioni parlamentari: «L'una ha riguardo alla dialettica Parlamento-Governo, e mira a rendere proficua l'interlocuzione tra questi due organi, l'altra tende a garantire l'efficienza dei meccanismi decisionali dell'assemblea parlamentare, prescindendo dal rapporto con l'esecutivo o quanto meno ponendolo in secondo piano»<sup>39</sup>.

Non è questa la sede per indagare se le funzioni delle soglie di sbarramento siano solo quelle evidenziate dalla pronuncia<sup>40</sup>. Si deve invece evidenziare che questo è il cuore ma anche la parte meno scontata della pronuncia in esame, nella misura in cui la Corte estende il tessuto argomentativo fatto proprio a proposito della legge elettorale lombarda ([sent. 193/2015](#))<sup>41</sup> e soprattutto dell'*italicum* ([sent. 35/2017](#)), con riferimento tanto alla soglia minima per il conseguimento del premio di maggioranza, quanto alla compresenza del premio e della soglia di sbarramento, a un'assemblea per molti versi del tutto peculiare come il Parlamento europeo, in evidente controtendenza con la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco (cfr. *infra*).

La pronuncia giustifica la scelta del legislatore nazionale sulla base di ragioni connesse sia all'evoluzione della forma di governo dell'Unione europea sia al funzionamento del Parlamento europeo.

Sul primo versante, la Corte valorizza le novità introdotte dal Trattato di Lisbona che avrebbero favorito una trasformazione in senso parlamentare nei rapporti tra Parlamento e Commissione<sup>42</sup>; in questo senso, la soglia di sbarramento «persegue l'autonoma e specifica funzione di evitare che un'eccessiva frammentazione dei partiti in essa rappresentati ne renda particolarmente complessa la formazione, mettendo così a rischio l'interesse alla stabilità dell'organo politico di governo»<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> Ritenuto in fatto, n. 1.

<sup>39</sup> Considerato in diritto, n. 6.3.

<sup>40</sup> Così, ad esempio, la soglia di sbarramento al 3% prevista dalla legge "Tatarella" con riferimento alle elezioni regionali, derogabile qualora la lista fosse collegata a una lista regionale che avesse superato il 5% era finalizzata non tanto a limitare la frammentazione quanto a "incanalare" in una logica bipolare (in particolare, R. D'ALIMONTE, *Il sistema elettorale: grandi premi e piccole soglie*, in A. CHIARAMONTE, R. D'ALIMONTE, a cura di, *Il maggioritario regionale. Le elezioni del 16 aprile 2000*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 11 ss.). Si consideri poi che la [sent. 35/2017](#) con riferimento all'*italicum* allude al fatto che «la soglia può favorire la formazione di un'opposizione non eccessivamente frammentata, così attenuando, anziché aggravando, i disequilibri indotti dalla stessa previsione del premio di maggioranza»: *considerato in diritto*, n. 6.

<sup>41</sup> Su tale pronuncia, in particolare, A.-O. COZZI, *La Corte non si esprime sui premi di maggioranza regionali*, in *Le Regioni*, 2016, pp. 159 ss.; S. CATALANO, *La risposta, implicita, della sentenza n. 193 del 2015 alla questione di costituzionalità sul premio di maggioranza regionale*, *ivi*, pp. 185 ss.; D. MONEGO, *La rilevanza di una questione di legittimità sul premio di maggioranza regionale fra "riscontro" del vizio, applicabilità della norma ed influenza della decisione di costituzionalità*, *ivi*, pp. 198 ss.; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 193/2015*, in *Foro it.*, 2015, I, cc. 3365 ss.; M. TROISI, *Rilevanza ad assetto variabile: in margine alla sentenza n. 193 del 2015 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 2016, n. 15.

<sup>42</sup> In particolare, con il rafforzamento delle prerogative del Parlamento, in generale e con particolare riferimento all'elezione del Presidente della Commissione e alla possibilità di approvare una mozione di censura alla Commissione stessa.

<sup>43</sup> Considerato in diritto, n. 6.5.

Sul secondo versante, la pronuncia si sofferma a lungo sulle esigenze legate alla funzionalità dell'assemblea (che «costituisce di per sé un valore di rilievo primario in considerazione delle funzioni decisorie dell'assemblea stessa e dei rischi connessi a una paralisi della sua attività conseguente all'impossibilità o all'eccessiva difficoltà di formare le necessarie maggioranze») e quindi all'obiettivo di razionalizzazione dell'organizzazione «che si pone per il Parlamento europeo in maniera non diversa da come si pone per i Parlamenti nazionali»<sup>44</sup>.

Si tratta di affermazioni assai significative in una fase assai delicata nei rapporti tra l'Unione europea e gli Stati membri e alla vigilia delle prossime elezioni europee che potrebbero consegnare novità significative dal punto di vista politico. La pronuncia in questione, infatti, almeno indirettamente, valorizza i contenuti dell'art. 10, par. 2, TUE, che attribuisce al Parlamento europeo un ruolo centrale per la realizzazione del principio democratico, nonché delle altre disposizioni contenute nei Trattati che rafforzano le prerogative dello stesso, in particolare nel procedimento legislativo. Si consideri poi che l'art. 14, par. 2, disponendo che il Parlamento europeo è composto di rappresentanti di cittadini dell'Unione, conferma «il progressivo rafforzamento del ruolo e della rappresentatività del Parlamento europeo nel processo di integrazione europea e consente di considerare in una prospettiva parzialmente diversa rispetto al passato quello che storicamente è stato definito il problema del deficit democratico della costruzione europea»<sup>45</sup>.

Tuttavia, la Corte utilizza una nozione, quella di forma di governo, che da un lato non appare di sicura riferibilità all'Unione europea<sup>46</sup>, e, dall'altro, nella letteratura costituzionalistica di non pochi Paesi non è valorizzata<sup>47</sup>. Inoltre, essa sta andando incontro a un processo di crisi e di ridefinizione a livello nazionale proprio in conseguenza della crescente rilevanza dei vincoli derivanti dalle organizzazioni sovranazionali<sup>48</sup>.

Ciò detto, la trasformazione in senso parlamentare della forma di governo dell'Unione può essere affermata tenendo però conto delle evidenti peculiarità dell'Unione stessa<sup>49</sup>, del carattere “diffuso” dell'esecutivo (comprendente anche il Consiglio europeo e il suo Presidente) e, in particolare, dell'equilibrio istituzionale tra Commissione, Consiglio e Parlamento che connota anche il Trattato di Lisbona quanto alla nomina della Commissione ai sensi dell'art. 17 TUE, pur con le novità introdotte nel par. 7<sup>50</sup>. Ancora, le particolari maggioranze richieste per l'approvazione della mozione di censura (2/3 dei voti espressi, pari alla maggioranza dei componenti del Parlamento: art. 234 TFUE) e, più in generale, l'assenza dei poteri necessari per imporre alla Commissione il proprio indirizzo politico<sup>51</sup>, rendono questa prerogativa del Parlamento esercitabile solo quale rimedio di

---

<sup>44</sup> Considerato in diritto, n. 6.4.

<sup>45</sup> I. INGRAVALLO, *Art. 14 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 132.

<sup>46</sup> Non solo per le ragioni che si diranno più oltre nel testo ma anche per la possibilità di utilizzare la nozione in questione ad una entità non statale: sul punto, in particolare, M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 538 ss.

<sup>47</sup> Per tutti, R. IBRIDO, *Oltre le “forme di governo”. Appunti in tema di “assetti di organizzazione costituzionale” dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 1, in particolare pp. 11 ss.

<sup>48</sup> A. RUGGERI, “*Forma di governo” e “sistema dei partiti”: due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?*”, in questa *Rivista*, 2018, n. 3, pp. 599 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

<sup>49</sup> È stato così osservato che il Trattato di Lisbona «ha accentuato alcuni elementi tipici della forma di governo parlamentare, incentrata come è noto, sul rapporto fiduciario Parlamento-Governo (Commissione), ma in un contesto assai più complesso, e di nuovo con caratteri di eterogeneità, nel quale la stabilità e il funzionamento del sistema sono in realtà affidati agli equilibri tra le diverse istituzioni, rispetto alle quali il rapporto fiduciario tra Parlamento e Commissione è un elemento certamente significativo, ma non ancora determinante a caratterizzare la forma di governo in tal senso»: R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 148.

<sup>50</sup> Tale disposizione, come è noto, prevede la procedura di nomina della Commissione e del suo Presidente. Sul punto, da ultimo, R. IBRIDO, N. LUPO, «*Forma di governo» e «indirizzo politico»: la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 9 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

<sup>51</sup> A maggior ragione perché la Commissione non è espressione e quindi rappresentativa di una maggioranza parlamentare.

“ultima istanza”<sup>52</sup> (ed infatti essa non è mai stata concretamente attivata fino ad oggi)<sup>53</sup>. A ciò si aggiunga l’assenza di una istituzionalizzazione dell’opposizione in seno al Parlamento stesso<sup>54</sup> e l’assenza dello scioglimento anticipato<sup>55</sup>.

È stato poi realisticamente affermato che, pur avendo sviluppato una vocazione alla rappresentanza di interessi generali, il Parlamento europeo è ancora legato a dinamiche politiche nazionali: i suoi membri, come è stato giustamente affermato, sono eletti sulla base di normative nazionali e sulla base di campagne elettorali che generalmente toccano solo limitatamente tematiche europee<sup>56</sup>, anche e soprattutto per l’assenza di un sistema politico europeo<sup>57</sup>.

È anche proprio per questa assenza che il sistema di elezione dei parlamentari europei è affidata alle legislazioni degli Stati membri. Ai sensi dell’art. 223, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) il Parlamento europeo può elaborare un progetto volto a stabilire le disposizioni necessarie per permettere l’elezione dei suoi membri a suffragio universale diretto «secondo una procedura uniforme in tutti gli Stati membri o secondo principi comuni a tutti gli Stati membri». Il Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo a maggioranza assoluta dei componenti, è chiamato a stabilire le disposizioni necessarie che entrano in vigore previa approvazione degli Stati membri, conformemente alle rispettive norme costituzionali.

Come è stato giustamente osservato, la sostanziale inattuazione di tale previsione deriva principalmente «dalle diverse modalità con le quali nei vari Stati membri sono tenute le elezioni nazionali, regionali e locali», per cui «nonostante la semantica, e forse con l’eccezione delle prime elezioni europee del 1979, le elezioni europee sono una finzione: esistono soltanto delle elezioni nazionali per eleggere deputati al Parlamento europeo»<sup>58</sup>.

Anche se, come accennato, soprattutto a partire dal 2002 la normativa eurounitaria ha posto una serie di principi comuni, essi non hanno intaccato la centralità delle determinazioni dei legislatori nazionali; da questo punto di vista, in linea con la richiamata decisione 2002/772/CE le leggi per l’elezione dei parlamentari europei di non pochi Paesi membri hanno inserito soglie di sbarramento oscillanti tra il 3% (Grecia) e il 5% (Francia, Lettonia, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Ungheria, Croazia)<sup>59</sup>. Peraltro, anche Paesi che non hanno previsto soglie del genere hanno adottato leggi elettorali che finiscono per essere selettive o per il basso numero di parlamentari da eleggere (Slovenia, Estonia, Lussemburgo) o per la scelta di assegnare i seggi direttamente a livello circoscrizionale (Belgio)<sup>60</sup>.

---

<sup>52</sup> Essa sembra cioè condividere per alcuni profili i tratti di una responsabilità simile a quella dell’*impeachment* americano: S. LIETO, *Sulla questione di legittimità costituzionale della «soglia di sbarramento» della legge elettorale per il Parlamento europeo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 7 luglio 2014.

<sup>53</sup> Peraltro, come è stato osservato, anche se non è mai stata approvata alcuna mozione di censura, «notevoli effetti sono stati o possono essere conseguiti attraverso pratiche influenzate dalla sua previsione, quali la censura condizionata o le dimissioni indotte, sia collettive che individuali»: R. ADAM, *Art. 234 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 1892.

<sup>54</sup> Sul punto, A. MANZELLA, *Prima lettura di un Parlamento (un po’ meno) Europeo*, in B. CARAVITA (a cura di), *Le elezioni del Parlamento europeo del 2014*, Napoli, Jovene, 2015, p. 4.

<sup>55</sup> Insistono sul punto, in particolare, R. IBRIDO, N. LUPO, «*Forma di governo*», cit., p. 21.

<sup>56</sup> E. CANNIZZARO, *Il diritto dell’integrazione europea. L’ordinamento dell’Unione*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 54-55.

<sup>57</sup> Sul punto, da ultimo, A. CIANCIO, *Alla ricerca della forma di governo dell’Unione europea: lo snodo dei partiti politici europei*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo*, cit., pp. 329 ss. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

<sup>58</sup> A. DE FEO, *Il processo di empowerment del Parlamento europeo*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo*, cit., p. 253. Peraltro, le elezioni europee sono considerate consultazioni di “secondo ordine”, perché considerate meno rilevanti dal punto di vista degli elettori: da ultimo, L. CECCARINI, I. DIAMANTI, *Tra politica e società. Fondamenti, trasformazioni e prospettive*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 290.

<sup>59</sup> La soglia di sbarramento al 4% è invece fatta propria da Austria e Svezia.

<sup>60</sup> Peculiari, da questo punto di vista, sono le leggi elettorali della Slovacchia, che riferisce la soglia di sbarramento anche alle coalizioni, e di Cipro che, pure eleggendo un numero assai limitato di parlamentari, ha previsto una soglia all’1,8%.

È da ricordare che in due occasioni la Corte costituzionale tedesca ha condannato la previsione di soglie di sbarramento contenuta nella legge elettorale (in una prima occasione fissata al 5%, abbassata, a seguito della prima pronuncia del giudice delle leggi, al 3%), sul presupposto dell'assenza in capo al Parlamento europeo di funzioni di indirizzo politico che sole giustificerebbero il parziale sacrificio della rappresentanza per le forze minori, determinandosi così la lesione del principio di eguaglianza del voto e di parità delle *chances* delle formazioni politiche<sup>61</sup>.

Tuttavia, come opportunamente ricorda la sentenza in commento a conclusioni opposte è giunta la Corte costituzionale della Repubblica Ceca<sup>62</sup>.

Certo, rimangono evidenti asimmetrie nella selettività delle diverse leggi elettorali degli Stati membri, al punto che, soprattutto alla luce della perdurante, rilevante eccezione della Germania e della Spagna<sup>63</sup>, la [sent. 239/2018](#) in commento è, per così dire, “costretta” ad ammettere che «la normativa italiana che introduce la soglia di sbarramento costituisce, al pari di quella di ciascun Paese che la preveda, condizione necessaria (anche se non sufficiente) per perseguire l’obiettivo»<sup>64</sup> di una razionalizzazione della presenza delle forze politiche in seno al Parlamento europeo, visto anche il numero di membri spettanti all’Italia (intorno al 10% del totale<sup>65</sup>), e, soprattutto, visto il vincolo, derivante dalla già menzionata decisione del 2002 all’adozione di un sistema proporzionale: in questo senso, è la stessa normativa eurounitaria che non sembra assecondare del tutto quelle esigenze di funzionalità del Parlamento europeo posta a fondamento della sentenza in commento; né un cambiamento sostanziale è destinato a verificarsi a seguito dell’entrata in vigore della decisione 2018/994/UE, Euratom. Quest’ultima, infatti, innovando a quanto stabilito nella decisione del 2002, introduce l’obbligo per gli Stati più popolosi di prevedere, nella disciplina delle elezioni europee, una soglia di sbarramento variabile tra il 2 e il 5% dei voti validamente espressi nelle circoscrizioni elettorali che comprendano più di 35 seggi, anche se esse coincidano con l’intero territorio nazionale<sup>66</sup>.

Trattandosi di una disciplina non ancora in vigore e considerato che la questione di costituzionalità riguarda la normativa anteriore rispetto alla decisione in questione, la sentenza non può fare applicazione di tale ultima decisione, pur osservando che, alla luce dei suoi contenuti, «sarebbe dunque contraddittorio e, da questo punto di vista sì, irragionevole desumere l’illegittimità costituzionale della previsione della soglia di sbarramento dal solo fatto che essa potrebbe non essere, da sola, sufficiente a realizzare compiutamente l’obiettivo perseguito, in assenza di previsioni dello stesso segno negli ordinamenti di tutti gli Stati membri»<sup>67</sup>.

Tuttavia, più ancora delle scelte dei legislatori elettorali, la vera ipoteca che grava sulla funzionalità del Parlamento europeo è data dalla labile configurazione dei partiti politici europei, le loro divisioni interne, la crisi delle famiglie politiche tradizionali a livello europeo, l’incerta

---

<sup>61</sup> Essa ha dichiarato incostituzionale nella prima occasione ha dichiarato incostituzionali le disposizioni che avevano previsto per l’elezione dei parlamentari europei la soglia del 5% a livello nazionale; nella seconda occasione ha ritenuto incostituzionale anche l’abbassamento della soglia al 3%. Sul punto, con riferimento alla dottrina italiana, G. DELLEDONNE, *Il Bundesverfassungsgericht, il Parlamento europeo e la soglia di sbarramento del 5%: un altro ritorno del Sonderweg?*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 1; M. ARMANNI, *La soglia di sbarramento per l’elezione del Parlamento europeo è incostituzionale? Brevi considerazioni a proposito di una recente ordinanza di rinvio*, in *Quad. cost.*, 2014, pp. 402 ss.

<sup>62</sup> *Considerato in diritto*, n. 6.4.

<sup>63</sup> La cui legge elettorale non contempla ad oggi la previsione di soglie di sbarramento.

<sup>64</sup> *Considerato in diritto*, n. 6.6, pur precisando che il fatto che una soglia di sbarramento sia prevista dalle leggi elettorali di ben 14 Paesi «contribuisce a ridurre significativamente il rischio paventato dal rimettente, che una normativa isolata possa essere vanificata nei suoi effetti dalle diverse scelte altrui».

<sup>65</sup> Ai sensi della decisione 2018/937 del Consiglio europeo del 28 giugno 2018, qualora il Regno Unito non sia più uno Stato membro dell’Unione europea, nella legislatura 2019-2024 all’Italia spetteranno 76 parlamentari europei su un totale di 705.

<sup>66</sup> Nella sentenza in commento la Corte respinge la richiesta dall’Avvocatura dello Stato di restituzione degli atti al giudice *a quo* per un nuovo scrutinio sulla rilevanza della questione di costituzionalità stessa, anche se la sentenza, come si dirà, valorizza i contenuti di tale nuova disciplina

<sup>67</sup> *Considerato in diritto*, n. 6.6.



emersione di nuovi raggruppamenti ma, soprattutto, all'interno di tale assemblea, la non rara «tendenza alla polarizzazione delle posizioni su base nazionale»: da qui, come è stato efficacemente evidenziato, il perdurante «dilemma del Parlamento europeo», in quanto assemblea «stretta fra la sua vocazione ideale di rappresentanza universale e il proprio retroterra reale, costituito dalla vita politica nazionale», per cui tale istituzione «è ancora alla ricerca di una sua stabile collocazione nel parlamentarismo contemporaneo»<sup>68</sup>.

Anche e soprattutto per queste ragioni la richiamata decisione 2018/994/Eu, Euratom ha rinunciato a porre quella disciplina uniforme, pure consentita dall'art. 223 TFUE, che avrebbe potuto produrre «conseguenze politiche dirompenti»<sup>69</sup>. Nello stesso senso, non ha avuto seguito la proposta di inserire almeno un «livello europeo» della competizione elettorale, anche utilizzando a tale scopo i seggi lasciati liberi dalla Gran Bretagna a seguito del proprio recesso dall'Unione<sup>70</sup>.

Certo, tale decisione contribuirà a scelte più omogenee a livello europeo, in linea con le scelte del legislatore italiano; e tuttavia, questo esito non necessariamente determinerà gli esiti auspicati dalla sentenza<sup>71</sup>, alla luce dei margini di discrezionalità che comunque rimangono in capo ai legislatori nazionali, e, in particolare, alla misura minima (2%) della soglia di sbarramento che può essere introdotta<sup>72</sup>, e dalla possibile adozione del voto singolo trasferibile, considerato il più puro tra i sistemi proporzionali<sup>73</sup>.

Infine, nell'ultima parte della sentenza in commento, la Corte ha buon gioco nel disattendere un ulteriore profilo di presunta irragionevolezza della disciplina dell'assegnazione dei seggi di cui alla l. 18/1979, desunto dal raffronto tra gli esiti elettorali negli Stati membri aventi minore popolazione e l'assegnazione dei seggi in forza della legge elettorale italiana, con l'applicazione della soglia di sbarramento.

Prescindendo qui dal dibattito circa i problemi derivanti dal meccanismo di proporzionalità «degressiva» nella distribuzione dei seggi tra i Paesi dell'Unione<sup>74</sup>, rimane decisiva l'incongruità del raffronto tra disposizioni aventi una *ratio* profondamente diversa.

#### 4. Considerazioni conclusive: la necessità di correggere (senza stravolgere) il sistema di elezione dei parlamentari europei spettanti all'Italia

La disciplina dell'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia non è andata incontro a quella «stabile instabilità»<sup>75</sup> ovvero a quell'ipercinetismo<sup>76</sup> che invece ha afflitto la legislazione elettorale per le due Camere.

Ciò non significa però che almeno alcuni aspetti della l. 18/1979 non debbano essere corretti.

---

<sup>68</sup> E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, cit., p. 55.

<sup>69</sup> G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 37.

<sup>70</sup> Il 7 febbraio 2018 il Parlamento europeo ha infatti respinto la proposta della Commissione per gli Affari Costituzionali di formare liste transnazionali europee e di creare una circoscrizione europea.

<sup>71</sup> *Considerato in diritto*, n. 6.6, nella quale si legge, in particolare: «Nell'orizzonte delineato sarebbe dunque contraddittorio e, da questo punto di vista sì, irragionevole desumere l'illegittimità costituzionale della previsione della soglia di sbarramento dal solo fatto che essa potrebbe non essere, da sola, sufficiente a realizzare compiutamente l'obiettivo perseguito, in assenza di previsioni dello stesso segno negli ordinamenti di tutti gli Stati membri».

<sup>72</sup> Forse non è un caso che delle disposizioni relative alle soglie di sbarramento il preambolo della decisione non faccia alcuna menzione.

<sup>73</sup> Per tutti, G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata*, cit., p. 20. Il rilievo è parzialmente attenuato dal fatto che generalmente questo sistema, data la sua intrinseca complessità, generalmente si applica a un numero limitato di seggi da assegnare.

<sup>74</sup> Sul punto, per tutti, L. TRUCCO, *Democrazie elettorali*, cit., pp. 173 ss. che ricorda la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco il quale ha criticato tale criterio, perché espressivo di una diseguaglianza tra i cittadini europei e tale da configurare il Parlamento europeo come rappresentante dei popoli degli Stati e non del popolo europeo.

<sup>75</sup> L. MORLINO, F. RANILOLO, *Come la crisi economica cambia la democrazia. Tra insoddisfazione e protesta*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 84.

<sup>76</sup> F. LANCHESTER, *La corte e il voto: riflettendo su un comunicato stampa*, in *Nomos* 2017, n. 1, pp. 6 ss.

In premessa, la più volte richiamata decisione 2018/994/CE, Euratom non dovrebbe comportare la necessità di interventi modificativi, come attestato dal Ministero dell'interno<sup>77</sup>.

Ciò detto, un primo punto meritevole di approfondimento attiene alla disciplina della "restituzione" dei seggi alle circoscrizioni dopo la prima assegnazione a livello nazionale.

Sul punto, come è noto, a seguito di una discussa pronuncia del Consiglio di Stato<sup>78</sup>, la ripartizione dei seggi deve avvenire valorizzando la c.d. "rappresentanza territoriale", e quindi minimizzando i fenomeni di "slittamento". Secondo tale pronuncia, a seguito delle modifiche all'art. 2 della l. 18/1979 apportate dalla l. 61/1984, si sarebbe determinata l'abrogazione tacita dell'art. 21, comma 1, n. 3, della l. 18/1979 e quindi troverebbero applicazione le parallele disposizioni contenute nella legge elettorale della Camera, in forza del rinvio ad essa operato dall'art. 51 della l. 18/1979<sup>79</sup>.

Il Consiglio di Stato ha poi successivamente confermato tale orientamento, pur auspicando «come espresso dalla Corte costituzionale nella [sent. 271/2010](#), un intervento del legislatore volto ad individuare la soluzione più idonea a porre rimedio, in sede generale ed astratta e con piena certezza giuridica, all'incongruenza della disciplina»<sup>80</sup>.

Venendo al merito delle argomentazioni fatte proprie dal Consiglio di Stato, si deve osservare che i fenomeni di "slittamento" non debbono essere enfatizzati, visto che gli eletti al Parlamento europeo, come i deputati nazionali e i consiglieri regionali, non rappresentano i territori. Tutto ciò vale a maggior ragione per i parlamentari europei che non solo non "rappresentano" la circoscrizione di elezione ma nemmeno lo Stato di appartenenza, essendo essi, come si è già ricordato (par. 3), espressione dei cittadini dell'Unione europea (art. 14 TUE).

Si consideri poi che i fenomeni di "slittamento" derivano da una pluralità di fattori e non solo, come sembra affermare il Consiglio di Stato, dalla diseguale partecipazione al voto nelle diverse circoscrizioni<sup>81</sup>. In ogni caso, il fenomeno della mancata partecipazione al voto non appare certo fisiologico, alla stregua dell'art. 48 Cost., e quindi tale da portare ad un riequilibrio "premiante" in favore delle circoscrizioni più "astensionistiche".

D'altra parte, meccanismi che impediscano in radice lo "slittamento" dei seggi finiscono per consentire fenomeni di alterazione della corrispondenza tra andamento del voto e assegnazione dei seggi nelle diverse circoscrizioni provinciali, oltre a premiare, quanto a numero di eletti, liste che in altre circoscrizioni hanno avuto un risultato comparativamente migliore<sup>82</sup>. Questa patologia si è manifestata anche nelle elezioni europee del 2014 applicando il meccanismo "imposto" dal Consiglio di Stato<sup>83</sup>, tanto da far dubitare della compatibilità con quanto stabilito dall'art. 1 della decisione

---

<sup>77</sup> Ministero dell'interno, Ufficio affari legislativi e relazioni parlamentari, nota n. 5004/A2015-003292/Uff. IX, all. 2. Tale nota è richiamata in Senato della Repubblica-Servizio studi Dossier europei n. 28; Camera dei deputati-Ufficio rapporti con l'Unione europea, *Decisione 2018/994 del Consiglio dell'UE che modifica l'atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto* (7 dicembre 2018), rinvenibile nel [sito telematico](#) del Senato della Repubblica.

<sup>78</sup> Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2011, n. 2886, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 2569 ss., sulla quale, in particolare, M. ESPOSITO, *Le circoscrizioni elettorali come elemento costitutivo della configurazione giuridica della rappresentanza politica*, *ivi*, pp. 2576 ss.; C. FUSARO, *Quando il Consiglio di Stato irride alla Corte costituzionale ovvero degli sberleffi di Palazzo Spada alla Consulta (e alla ragione)*, in *Quad. cost.*, 2011, pp. 657 ss.

<sup>79</sup> Ai sensi di tale disposizione «salvo quanto disposto dalla presente legge, per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni del testo unico delle leggi per l'elezione della Camera dei deputati, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, e successive modificazioni».

<sup>80</sup> Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2015, n. 3597, in [Giustizia Amministrativa](#). In precedenza, il Consiglio di Stato, organo di consulenza, non aveva smentito il Consiglio di Stato giudice amministrativo, richiamandosi punto per punto allo stesso tessuto argomentativo: Cons. Stato, sez. I, 5 dicembre 2013, n. 3703, [ivi](#).

<sup>81</sup> Sia consentito un rinvio al mio *Lo «slittamento dei seggi» dopo la sentenza n. 35/2017*, in *Quad. cost.*, 2017, pp. 537 ss.

<sup>82</sup> N. D'AMELIO, *La ripartizione dei seggi tra partiti e territorio nelle elezioni regionali*, in Consiglio regionale del Piemonte (a cura di), *Governi locali e regionali in Europa fra sistemi elettorali e scelte di voto*, Torino, 2010, p. 309.

<sup>83</sup> Si pensi, solo per citare un paio di esempi, al seggio conseguito dalla Lega nella circoscrizione centrale con "solo" il 2,1% dei voti che non sarebbe scattato con la ripartizione seguita fino al 2009 o ai 5 seggi ottenuti dal M5S nella circoscrizione sud, sui 15 ad essa spettanti, con il 24% dei voti.

2002/772/CE/Euratom, secondo il quale «in funzione delle loro specificità nazionali, gli Stati membri possono costituire circoscrizioni elettorali per le elezioni al Parlamento europeo o prevedere altre suddivisioni elettorali, senza pregiudicare complessivamente il carattere proporzionale del voto».

Vi sono però ulteriori ragioni che rendono la giurisprudenza del Consiglio di Stato in questione assai discutibile.

Le modifiche alla l. 18/1979 operate dalla l. 61/1984 non sono mai state interpretate nel senso di impedire o di limitare fortemente gli “slittamenti” dei seggi<sup>84</sup>, che sono considerati incostituzionali solo se le leggi elettorali prevedano «meccanismi di traslazione non fondati sulla mera casualità, ma idonei a favorire (e quindi a sovrarappresentare) alcune circoscrizioni rispetto ad altre»<sup>85</sup>; e in questo senso, si può leggere la [sent. 35/2017](#) della Corte costituzionale con riferimento all’*italicum*<sup>86</sup>. Non solo, ma i lavori preparatori della l. 61/1984, nel riferirsi alla necessità di introdurre un sistema di “restituzione” dei seggi identico a quello previsto *allora* per le elezioni politiche, non dimostrano affatto la volontà del legislatore di valorizzare la “rappresentanza territoriale”, visto che i sistemi elettorali nazionali allora vigenti non escludevano affatto fenomeni di “slittamento”<sup>87</sup>.

In questo senso, quindi, la l. 18/1979 contiene un meccanismo esaustivo di assegnazione dei seggi alle circoscrizioni che, quindi, non rende necessario (né legittimo) il ricorso alla legge elettorale della Camera *ex art. 51* della stessa l. 18. Certo, il meccanismo di cui all’art. 21 potrebbe ben essere sostituito da altri più attenti alle esigenze delle circoscrizioni tradizionalmente più penalizzate dagli “slittamenti”: ma, come ha sottolineato il giudice delle leggi nella [sent. 271/2010](#), questo compito spetta al legislatore e non certo al Consiglio di Stato.

Risulta quindi auspicabile un intervento del Parlamento, anche perché la l. 165/2017 (c.d. “Rosatellum-bis”) prevede, con riferimento alle Camere, un meccanismo di traslazione non più a un livello ma a due (dal livello nazionale a quello circoscrizionale; dal livello circoscrizionale ai collegi plurinominali). Inoltre, il meccanismo di “restituzione” dei seggi dal livello nazionale a quello circoscrizionale è stato modificato al fine di ridurre ancora di più l’eventualità di slittamenti<sup>88</sup>.

Al fine di eliminare la disciplina della restituzione dei seggi e allo stesso tempo di limitare la frammentazione partitica, il legislatore potrebbe orientarsi per l’adozione di un sistema elettorale nel quale l’assegnazione dei seggi avvenga direttamente nelle circoscrizioni. Un tale sistema, una volta ridefinito in aumento il numero delle circoscrizioni, potrebbe non prevedere alcuna soglia di sbarramento, risultando sufficientemente selettivo<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> L’art. 2 della l. 18/1979, come novellato dalla l. 61/1984, si limita a prevedere che l’assegnazione dei seggi alle circoscrizioni «si effettua dividendo il numero degli abitanti della Repubblica per il numero dei membri spettante all’Italia e distribuendo i seggi in proporzione alla popolazione di ogni circoscrizione, sulla base dei quozienti interi e dei più alti resti» (comma 4), mutuando una formulazione in tutto identica a quella dell’art. 56, comma 4, e 57, comma 4, Cost., con riferimento alle Camere.

<sup>85</sup> A. RUSSO, *Collegi elettorali ed eguaglianza del voto. Un’indagine sulle principali democrazie stabilizzate*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 30-31.

<sup>86</sup> Sul punto, sia consentito un rinvio al mio *Lo «slittamento dei seggi»*, cit., pp. 537 ss.

<sup>87</sup> Peraltro, si tratta di un fenomeno non troppo rilevante, visto che gli “slittamenti”, calcolati sul totale delle elezioni (1979-2009), sono comunque meno del 6% del totale dei seggi, anche se essi hanno finito per penalizzare tendenzialmente le stesse circoscrizioni: sul punto, M. BETZU, *Ancora a proposito della ripartizione dei seggi nelle elezioni europee*, in *Quad. cost.*, 2015, pp. 175 ss., che sostiene tesi opposte a quelle fatte proprie nel testo.

<sup>88</sup> In concreto, nella l. 165/2017 è abbandonato, per ciascuna lista, il riferimento ad un indice proporzionale (conseguente all’attribuzione del premio di maggioranza) ed è introdotto il principio secondo il quale la lista “eccedentaria” cede i seggi alle circoscrizioni in cui ha ottenuto le minori parti decimali e in cui è possibile assegnare il seggio in eccesso ad una lista o coalizione deficitaria: Senato della Repubblica-Servizio studi Dossier europei ., 28; Camera dei deputati-Ufficio rapporti con l’Unione europea, *Decisione 2018/994 del Consiglio dell’UE*, cit., p. 25.

<sup>89</sup> Come già accennato nel testo (par. 3), la direttiva 2018/994/UE, Euratom prevede la necessità di soglie di sbarramento solo per circoscrizioni che assegnino almeno 35 parlamentari o a livello nazionale (e in questa parte si applica potenzialmente solo a Italia, Francia, Germania, Polonia, Spagna) o a livello circoscrizionale.

Un secondo aspetto criticabile della l. 18/1979 attiene alla tutela delle liste rappresentative di minoranze linguistiche che pure in astratto il legislatore elettorale può perseguire, ai sensi dell'art. 6 Cost.<sup>90</sup>.

L'art. 12, comma 9, della legge prevede la possibilità per partiti o gruppi politici espressi dalla minoranza di lingua francese della Valle d'Aosta, di lingua tedesca della Provincia di Bolzano e di lingua slovena del Friuli-Venezia Giulia di collegarsi, ai fini dell'assegnazione dei seggi, con altra lista della stessa circoscrizione presentata da partiti o gruppi politici presenti in tutte le circoscrizioni con il medesimo contrassegno. In questo caso, ai sensi dell'art. 22, è compilata un'unica graduatoria, secondo le rispettive cifre individuali, dei candidati delle liste collegate e sono proclamati eletti, nei limiti del numero di seggi ai quali il gruppo di liste ha diritto, i candidati più suffragati. Qualora però tra questi non vi sia nessuno dei candidati della lista espressiva della minoranza linguistica collegata, è considerato comunque eletto il candidato della stessa che abbia ottenuto la maggiore cifra individuale, comunque non inferiore a 50.000.

Tale disciplina non solo è servita solo alla SVP, non risultando mai eletti rappresentanti di liste di minoranze valdostane o slovene ma soprattutto prescinde del tutto dal numero di voti ottenuti dalle liste in questione, richiedendo soltanto un numero (peraltro alto) di preferenze in favore di uno dei candidati<sup>91</sup>.

Una questione di legittimità costituzionale di tale previsione, che però ha avuto ad oggetto la presunta discriminazione in danno di minoranze linguistiche diverse da quella friulana, valdostana e trentino-tirolese, è stata disattesa dalla Corte costituzionale (ord. 165/2016), sia perché il giudice ricorrente non ha argomentato in modo adeguato riguardo all'interesse ad agire, sia perché l'impugnazione in questione avrebbe dovuto essere posta nell'ambito del procedimento elettorale preparatorio, essendo già in quella sede assicurata una pienezza di tutela giurisdizionale (art. 129, d.lgs. 104/2010).

---

<sup>90</sup> Sia permesso un rinvio al mio *La legislazione elettorale*, cit., pp. 17 ss. e ai riferimenti bibliografici ivi riportati.

<sup>91</sup> Cosicché, ad esempio, una lista i cui elettori concentrassero le preferenze su un unico candidato potrebbe ottenere un seggio in danno ipoteticamente di un'altra con un numero di voti maggiore.

Antonio Ruggeri

## Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio\*

SOMMARIO: Quattro dati, attinti dall'esperienza, ai quali far riferimento al fine di tentare di affacciare una risposta al quesito su quale possa essere il futuro dei diritti fondamentali. – 2. La micidiale questione teorica relativa al modo con cui può farsi luogo al riconoscimento di nuovi diritti fondamentali e il rilievo al riguardo assunto da *consuetudini culturali* diffuse e radicate nel corpo sociale. – 3. Due paradossi in tema di diritti: cresce la platea di coloro che astrattamente ne godono e crescono i diritti stessi per numero e pretese di appagamento ma diminuiscono le risorse allo scopo disponibili e, ancora, chiamati ad un innaturale ruolo di “supplenza” nei riguardi del legislatore i giudici, nell'intento di dare tutela ai diritti, si fanno decisori politici ma, così facendo, pregiudicano quella tipicità dei ruoli che è stata pensata proprio in funzione della ottimale salvaguardia dei diritti stessi. – 4. Il terzo paradosso, che vede ugualmente i giudici farsi decisori politici ma obbligati a sacrificare i diritti: “fatti” di emergenza sollecitano l'adozione di norme per farvi fronte che penalizzano, alle volte grandemente, i diritti, le quali norme poi sono non di rado mandate assolute dai giudici, trascurandosi tuttavia il dato elementare e di comune evidenza per cui quei “fatti” sono generati o, come che sia, alimentati da norme malfatte ovvero in tutto mancanti. – 5. Il quarto paradosso: il sacrificio dell'autonomia politica delle Regioni, pensata in funzione della salvaguardia dei diritti e, in genere, dei bisogni maggiormente avvertiti dalla comunità stanziata sul territorio, un sacrificio che ha, nondimeno, cause plurime, in ispecie dislocate nel “sistema” dei partiti per un verso, nella emersione impetuosa di crisi ed emergenze varie per un altro, e che è talora motivato proprio in relazione all'obiettivo di dare un congruo appagamento ai diritti. – 6. Il quinto paradosso: l'effetto domino che si ha ogni qual volta comportamenti abnormi adottati da un organo (in ispecie, giurisdizionale) determinano reazioni parimenti abnormi da parte di un altro, con effetti imprevedibili per i diritti. – 7. Il sesto paradosso: l'ordine gerarchico artificiosamente stabilito dalla giurisprudenza costituzionale tra le Carte dei diritti, malgrado la loro comune qualità di documenti “tipicamente costituzionali”, che però, a mo' di *boomerang*, si ritorce contro i diritti stessi, e la natura strutturalmente composita dei diritti, nazionali *proprio perché* anche sovranazionali e sovranazionali *in quanto* anche nazionali, il loro riconoscimento ponendosi quale testimonianza emblematica del carattere “intercostituzionale” della Costituzione e delle altre Carte, vale a dire quale *punctum unionis* dell'identità costituzionale dello Stato e dell'identità costituzionale dell'Unione. – 8. Il rischio che il *nazionalismo politico* innaturalmente si converta in un antistorico e abnorme *nazionalismo costituzionale* e il modo più efficace per fugarlo da parte delle Corti, a condizione che tutte si riconoscano nella regola fondamentale che ne governa le relazioni costituita dalla parità delle Carte dei diritti e, di conseguenza, delle stesse Corti che ne sono istituzionalmente garanti, nonché per fugarlo da parte della comunità tutta, ispirandosi ad una *cultura dei diritti* sorretta e alimentata dalla *cultura dei doveri*.

1. *Quattro dati, attinti dall'esperienza, ai quali far riferimento al fine di tentare di affacciare una risposta al quesito su quale possa essere il futuro dei diritti fondamentali*

Avverto subito che tentare di rispondere, sia pure in modo largamente approssimativo, al quesito su quale possa essere il futuro dei diritti fondamentali è estremamente disagevole e persino azzardato, specie in considerazione della opacità del quadro in cui esso s'inscrive e della fluidità e mobilità degli elementi di cui lo stesso si compone. Disponiamo, nondimeno, di dati attinti dall'esperienza plurimi e convergenti nell'attestare una tendenza che va sempre di più diffondendosi e radicandosi, dalla quale possiamo prendere le mosse nell'intento di fare almeno in parte chiarezza.

Il primo di questi dati è costituito dal progressivo allargamento della platea di quanti rivendicano in modo vigoroso e pressante il riconoscimento e la salvaguardia di taluni diritti, sia vecchi che nuovi. Si pensi solo a ciò che ha riguardo alla condizione degli stranieri, regolari e irregolari, una condizione che vorrebbe essere sempre meno distante da quella dei cittadini, anche in ambiti, quale quello del

---

\* Intervento alla tavola rotonda su *Quale futuro per i diritti fondamentali?*, conclusiva dell'VIII Corso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti “Alessandro Pizzorusso”, Pisa 1° febbraio 2019, alla cui data lo scritto è aggiornato.

godimento dei diritti politici<sup>1</sup>, tradizionalmente considerati di loro esclusivo dominio<sup>2</sup>. Ciò che, peraltro, è la spia di una generale tendenza volta al complessivo ripensamento di antiche e un tempo incontestate categorie teoriche, quale quella di sovranità e – come si dirà meglio a breve – di Costituzione, obbligate a sottostare ad una profonda opera di rifacimento, conseguente peraltro alla ristrutturazione delle stesse basi portanti dello Stato in relazione all'avanzata, seppur non lineare e particolarmente sofferta, del processo d'integrazione sovranazionale.

Il secondo dato, al primo peraltro strettamente connesso, è costituito dalla crescita esponenziale e – parrebbe – inarrestabile del numero dei diritti fondamentali. A getto continuo, infatti, ne vengono sfornati di nuovi o, diciamo meglio e con doverosa cautela, se ne prospetta la esistenza e se ne rivendica il godimento; la qual cosa, poi, ripropone la micidiale questione teorico-pratica relativa al criterio o ai criteri che consentano di stabilire, quanto meno con sufficiente approssimazione al vero, quando si sia in presenza di un autentico, nuovo diritto fondamentale e quali ne siano i connotati complessivi<sup>3</sup>. Ed è di immediata evidenza come, allungandosi sempre di più il catalogo dei diritti, per un verso, diminuiscano le risorse disponibili per il loro congiunto, adeguato appagamento (specie di alcuni diritti la cui affermazione comporta costi assai elevati) e, per un altro verso, aumentino pure le minacce o le insidie alle quali gli stessi vanno soggetti, in particolare quelli di essi che si trovano maggiormente esposti all'incidenza di fattori di contesto idonei a lasciare un segno marcato, alle volte invero pesante, sulla loro tutela.

Il terzo dato è costituito dal rapporto assai stretto che viene ad instaurarsi tra alcuni diritti e lo sviluppo scientifico-tecnologico, nel senso che quest'ultimo sta a base della loro stessa venuta alla luce o, come che sia, ne condiziona fortemente la salvaguardia, così come però, di rovescio, può in pari misura menomarne l'esercizio<sup>4</sup>. La qual cosa, poi, da una prospettiva di ancora più largo respiro ripropone vigorosamente l'annosa questione circa il modo complessivo di essere delle relazioni tra scienza, diritto, etica, fino a che punto possa davvero predicarsi l'autonomia (o, diciamo meglio, l'autosufficienza) di ciascun termine rispetto agli altri e da che punto in avanti invece essi abbiano bisogno di appoggiarsi a vicenda al fine stesso della propria affermazione e integra trasmissione nel tempo<sup>5</sup>.

Il quarto ed ultimo dato è costituito dalla internazionalizzazione e sovranazionalizzazione del riconoscimento e della tutela dei diritti, dei vecchi come dei nuovi, non più appagabili, nelle loro

---

<sup>1</sup> ... il cui riconoscimento si vorrebbe da una crescente dottrina riferito al fatto in sé della stabile residenza nel territorio dello Stato degli stranieri regolari, come pure è alla residenza stessa che, in via generale, si propone di legare l'acquisto della cittadinanza (riferimenti in merito alla annosa questione in AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; A. RAUTI, *Lo ius soli in Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 25 settembre 2017, e, nella stessa *Rivista*, S. FABIANELLI, *Le radici dello ius soli: il criterio territoriale di acquisto della cittadinanza negli ordinamenti di Italia e Francia*, 26 settembre 2017; inoltre, E. RINALDI, *Ius soli: qualche precisazione di metodo in materia di diritti di cittadinanza e diritti della cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 545 ss., e G. TINTORI, *Ius soli all'italiana. La strada lunga e tortuosa per riformare la legge sulla cittadinanza*, in AA.VV., *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni*, a cura di C. Forestiere - F. Tronconi, Il Mulino, Bologna 2018).

<sup>2</sup> In realtà, la giurisprudenza è ad oggi incerta e oscillante, complessivamente cauta e gravata da alcune ipoteche teoriche di cui fatica a liberarsi. Si pensi, ad es., alla tesi, fatta propria da [Corte cost. n. 61 del 2011](#), secondo cui alcuni diritti (nella specie, quello della salute) possono essere goduti dagli stranieri irregolari unicamente nel loro "nucleo duro": formula mitica, risalente e tuttavia ancora al presente ricorrente, che nondimeno porta all'effetto di discriminare nel trattamento gli esseri umani, proprio a danno dei più deboli ed esposti.

<sup>3</sup> In argomento, di recente e per tutti, AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; *adde*, ora, S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, FrancoAngeli, Milano 2018.

<sup>4</sup> Rilievo ormai largamente diffuso: riferimenti, di recente, in S. AGOSTA, *Prove di cross-talk tra giurisprudenza convenzionale, eurounitaria, interamericana ed italiana in tema di diritto alla vita che comincia (prime notazioni)*, in [BiLaw Journal](#), 3/2018, 171 ss.

<sup>5</sup> Interessanti spunti ricostruttivi in vista di una complessiva risistemazione dei rapporti in parola offre ora lo studio monografico di A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; se si vuole, può vedersi anche il mio *La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. Panella, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 211 ss., nonché in [MediaLaws](#), 2/2018, 13 marzo 2018. Con specifico riguardo all'ambito familiare, v., ora, l'accurato studio di C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, Firenze 2019.

crescenti pretese, in modo ottimale se non attraverso il concorso di plurimi operatori istituzionali dislocati – come suol dirsi, con termine pure caricato di una non rimossa ambiguità – a diversi “livelli”, dalla cui effettiva (e non meramente proclamata) cooperazione dipende appunto una efficace salvaguardia dei diritti stessi.

Dalla congiunta considerazione di tutti questi dati, i quali peraltro – come si tenterà di mostrare – si fanno mutuo rimando, discende il senso complessivo del quesito che ora nuovamente c’impegna: vi sono le condizioni oggettive, di contesto, perché i diritti possano al presente e più ancora nel prossimo futuro conseguire una protezione complessivamente accettabile? E quali sono le risorse da mettere in campo allo scopo, ovverosia quali sono i modi per fronteggiare efficacemente le insidie che da più parti sono mosse ai diritti?

## 2. La micidiale questione teorica relativa al modo con cui può farsi luogo al riconoscimento di nuovi diritti fondamentali e il rilievo al riguardo assunto da consuetudini culturali diffuse e radicate nel corpo sociale

Forse, non si sono ad oggi valutati a sufficienza i rischi ai quali i diritti vanno incontro *proprio* per effetto del loro non adeguatamente vigilato riconoscimento, vale a dire a causa di una inflazionata e dozzinale qualificazione di molte pretese soggettive, pure vigorosamente e persino prepotentemente avanzate, in termini appunto di “diritti fondamentali”<sup>6</sup>.

Si torni al riguardo a riflettere solo su due cose.

La prima è che, una volta considerata una certa disciplina positiva quale idonea a dare il riconoscimento di un nuovo diritto, se ne ha – secondo una tesi, come si sa, risalente ed assai accreditata – che la stessa risulta dotata di una formidabile capacità di resistenza avverso discipline sopravvenienti, in virtù della “copertura” ad essa assicurata dal principio fondamentale di cui all’art. 2 della Carta (anzi, ad esser più precisi, dallo stesso nel suo fare “sistema”, in primo luogo, col principio di cui all’art. 3 e, quindi, coi principi restanti<sup>7</sup>). La qual cosa – non è inopportuno precisare, a scanso di ogni possibile equivoco – non porta affatto all’esito di una esasperata “pietrificazione” della disciplina stessa, per la medesima ragione che, a mia opinione<sup>8</sup>, sta a base della eventuale modifica degli enunciati espressivi di principi fondamentali, anche se solo *in melius*, a finalità inclusiva<sup>9</sup>, al fine cioè di assicurarne una sempre crescente e *temporis ratione* adeguata valorizzazione<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Avvertono, da diversa angolazione, di questo rischio, di recente, F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Mucchi, Modena 2018, e V. SCALISI, *L’ermeneutica della dignità*, Giuffrè - Francis Lefebvre, Milano 2018, 41 ss., spec. 48 s., che rinviene nel principio di dignità la *ratio* del riconoscimento dei nuovi diritti e allo stesso tempo “il necessario filtro alla loro ammissione”. Dal mio canto, mi sono già in più scritti dichiarato dell’idea che un autentico diritto fondamentale, vecchio o nuovo che sia, ha proprio nel suo porsi in funzione servente della dignità il suo tratto più genuinamente espressivo ed immediatamente qualificante.

<sup>7</sup> Sulle mutue implicazioni che si intrattengono tra i principi di libertà ed eguaglianza, v., part., G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

<sup>8</sup> Raggiugli nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l’8 e il 9 giugno 2018 su *Alla prova della revisione. Settant’anni di rigidità costituzionale*, nel [sito telematico](#) del Gruppo di Pisa, 2/2018, 20 giugno 2018.

<sup>9</sup> Sul divieto di revisioni costituzionali a finalità di “restaurazione”, v., già, G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206; sul carattere “inclusivo” degli enunciati espressivi di principi fondamentali (e, segnatamente, di quelli relativi ai diritti), v. A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2016.

<sup>10</sup> Per l’aspetto ora indicato – torno qui a dire di sfuggita, dopo averne ripetutamente trattato altrove – si coglie come il sistema delle norme, nel suo dinamicamente svolgersi ed incessante rinnovarsi, risulti governato da canoni d’ispirazione sostanziale (o, meglio, assiologico-sostanziale) e possa, perciò, essere fedelmente rappresentato al piano teorico-ricostruttivo unicamente ricorrendo a schemi teorici aventi la medesima ispirazione. La qual cosa, a mio modo di vedere, linearmente e necessariamente discende dalla premessa, sulla quale ormai vi è quasi universale concordia, secondo cui l’essenza della Costituzione sta nei valori fondamentali che ne hanno determinato la nascita e che costantemente la sostengono e giustificano e, dunque, nei principi fondamentali che a quei valori danno voce e la più genuina ed

La seconda cosa da tener presente è che i diritti (autenticamente) fondamentali partecipano ad un “gioco” senza fine che tra gli stessi s’intrattiene e svolge, come pure con altri beni della vita parimenti fondamentali e dotati di riconoscimento costituzionale, un “gioco” che ogni volta si rinnova, specie in occasione delle più spinose e complesse vicende, obbligando gli operatori (e, segnatamente, i giudici) a parimenti complesse e non di rado sofferte ponderazioni assiologicamente connotate, in vista della fissazione del punto di sintesi più elevato raggiungibile, in ragione del caso, tra i beni in campo, vale a dire dell’affermazione della Costituzione come “sistema”<sup>11</sup>. Sta di fatto, perciò, che uno slabbrato e non adeguatamente vigilato riconoscimento di nuovi diritti può comportare significative rinunce a carico di altri, fino in alcune non infrequenti evenienze al loro stesso, seppur provvisorio, accantonamento.

Si tratta, dunque, di chiedersi cosa possa farsi allo scopo di circoscrivere fin dove possibile i margini di errore nelle qualificazioni, allo stesso tempo pervenendo all’esito di accettabili bilanciamenti tra i beni in parola.

Riassumo qui, in breve, i risultati raggiunti in studi precedenti, la cui considerazione peraltro torna preziosa al fine di tentare di dare risposta al quesito che dà origine a questa riflessione.

A mia opinione<sup>12</sup>, i diritti fondamentali sono bisogni elementari dell’uomo senza il cui appagamento l’esistenza non sarebbe – come dice la Carta all’art. 36 (con specifico riguardo alla misura della retribuzione ma con affermazione dotata di generale valenza) – “libera e dignitosa”. Senza i diritti, l’uomo non sarebbe autenticamente, pienamente “libero”, anzi non sarebbe un... *uomo*, se si conviene che la dignità è l’essenza stessa dell’uomo, ciò che fa (ed è) l’*humanitas* di ogni persona. Si dà – come si è tentato di mostrare in altri luoghi<sup>13</sup> – un rapporto complesso tra i diritti e la dignità, dal momento che quest’ultima può costituire oggetto di un diritto (alla dignità, appunto), anzi del primo dei diritti<sup>14</sup>, ma è, allo stesso tempo, la fonte di ogni altro. In questo senso, può dirsi che la dignità è concetto necessariamente autoreferenziale, autofondantesi, proprio perché fa tutt’uno con ogni essere umano, qualunque cosa quest’ultimo ne abbia fatto: anche colui che svende la propria dignità, facendo commercio di se stesso e del proprio corpo, va infatti comunque trattato come se non l’avesse mai persa, come un uomo appunto<sup>15</sup>.

---

immediatamente espressiva rappresentazione positiva. Ed è allora chiaro che le norme, *quali che siano le fonti da cui sono prodotte*, che si dimostrino essere idonee a servire nel modo più *immediato, diretto e necessario* i principi stessi vengono da questi ultimi dotate di un formidabile scudo protettivo e finiscono con il dividerne le sorti; e, dunque, possono essere, sì, innovate ma solo al fine di risultarne viepiù promosse e portate ad ulteriore espansione e ad ancora più saldo radicamento nel tessuto ordinamentale e sociale. Se ne ha, peraltro, conferma *per tabulas* dalla giurisprudenza sui limiti all’abrogazione referendaria alla quale non possono soggiacere norme idonee ad apprestare una “tutela minima” a beni costituzionalmente protetti e, in via generale, dal riconoscimento operato dalla Carta costituzionale, quale novellata nel 2001, della esistenza di “livelli essenziali” di prestazioni assicurate ai diritti, le norme che fanno luogo alla loro fissazione ancora una volta potendo essere innovate unicamente *in melius* (su ciò, anche *infra*).

<sup>11</sup> All’idea di “sistema” la giurisprudenza costituzionale ha, specie di recente, fatto insistito e pressante richiamo (*ex plurimis*, v. [sentt. nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 85, 170 e 202 del 2013](#); [10 e 49 del 2015](#); [63 del 2016](#); [124 e 269 del 2017](#)).

<sup>12</sup> La tesi è rappresentata nel mio [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), in AA.VV., *Cos’è un diritto fondamentale?*, cit., 337 ss., nonché in questa [Rivista, Studi, 2016/II](#), 263 ss., dal quale possono, volendo, aversi maggiori ragguagli sul punto ora rapidamente toccato; in tema, di recente, G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, Bologna 2017, e F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, cit., spec. 46 ss.

<sup>13</sup> ... tra i quali, di recente, il mio [La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/II](#), 392 ss.

<sup>14</sup> Si rammenti l’efficace titolo dato dal compianto S. RODOTÀ ad un suo libro di qualche anno addietro (*Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013), peraltro ripreso – come si sa – da un pensiero di H. Arendt, cui si è ora richiamato anche C. PINELLI, *Il principio di dignità e la giurisprudenza sui diritti dei richiedenti asilo*, in [Rivista di Diritti Comparati](#), 2018, 37 ss.

<sup>15</sup> Occorre nondimeno distinguere caso da caso, pur laddove il comportamento risulti essere oggettivamente sempre identico a sé (appunto, la vendita del corpo); e così la donna che si prostituisce unicamente per godere di una vita agiata o per puro diletto svende la propria dignità, a differenza della donna che è a ciò costretta dal bisogno o dietro percosse e minacce per sé e i propri cari. Ad ogni buon conto, come si è altrove mostrato e qui pure si tiene a rimarcare, ogni persona, per il solo fatto di essere tale, va pur sempre trattata in modo rispettoso della sua dignità, per la elementare ragione che quest’ultima, facendo tutt’uno con la *humanitas* della persona stessa, non può mai essere perduta [pregnanti notazioni sul punto in F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in AA.VV., *Colloqui sulla dignità umana*, a cura di A. Argiroffi - P. Becchi



Non è di qui tentare di definire o ridefinire la dignità: s'illudono quanti pretendono di toccarla o afferrarla con mano e tenerla saldamente in pugno o, peggio, assumono che essa, a conti fatti, non esista o, addirittura, che sia un concetto “stupido”<sup>16</sup>, comunque polisemico<sup>17</sup> e, a conti fatti, idoneo a risolversi, puramente e semplicemente, nella (e riduca alla) mera autodeterminazione di ciascun soggetto<sup>18</sup>. L'essenziale – troviamo scritto ne *Il piccolo principe* – è “invisibile agli occhi” e, però, proprio perché tale, c'è ugualmente, come l'aria che respiriamo e che non vediamo ma senza la quale non potremmo sopravvivere. D'altro canto, che si dia, debba darsi una connotazione e definizione anche oggettiva della dignità è provato proprio dal riferimento ad essa fatto nell'art. 36, sopra richiamato<sup>19</sup>: sarebbe davvero singolare, folle, come si è tentato di mostrare altrove, la pretesa di colui che assuma di poter stabilire insindacabilmente la misura della retribuzione per il lavoro prestato rapportandola alla propria, parimenti insindacabile, idea di esistenza “libera e dignitosa”.

Tutto ciò posto, è evidente che il problema è così solo impostato nel modo, a mia opinione, giusto

---

- D. Anselmo, *Aracne*, Roma 2008, 107 (al cui pensiero si è, tra gli altri, richiamato R.G. CONTI, [La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/1](#), 228 e nt. 33), a cui opinione la dignità “non può essere perduta da alcun essere umano, anche da quello più misero e sofferente o da quello più miserabile e abbruttito”; similmente, per G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 57, essa “non deve essere ‘meritata’ dal singolo individuo e non può mai essere perduta, qualunque sia il comportamento tenuto”. Efficacissima, poi, l'affermazione di M.A. GLENDON, *Il fondamento dei diritti umani: il lavoro incompiuto*, ora in AA.VV., *Tradizioni in subbuglio*, a cura di P.G. Carozza e M. Cartabia, Rubbettino, Soveria Mannelli 2007, 98, secondo cui “i diritti umani sono fondati sul dovere di ciascuno di portare a compimento la propria dignità, che a sua volta obbliga a rispettare la ‘donata’ scintilla di dignità presente negli altri, qualunque cosa costoro ne abbiano fatto”. Da ultimo, il legame indissociabile che si intrattiene tra il principio di dignità e il principio di persona è messo in evidenza con opportuni rilievi da V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., spec. 26 ss.].

<sup>16</sup> S. PINKER, *The stupidity of dignity*, in *The new Republic*, 28 maggio 2008, richiamato anche da B. SGORBATI, *La dignità umana tra diritto internazionale, fondamenti storico-filosofici e prospettive nell'ambito del biodiritto*, in [Biolaw Journal](#), 2/2017, 72, in nt. 4.

<sup>17</sup> La “poliedricità” del concetto è, tra gli altri, rilevata, oltre che da B. SGORBATI, nello scritto appena cit., da M. BELLOCCI - P. PASSAGLIA, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, nel [sito telematico](#) della Corte costituzionale, 2007; A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, ESI, Napoli 2012 e, della stessa, *Dignità. Le contraddizioni*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, Giappichelli, Torino 2016, 1785 ss., e, pure *ivi*, G. ZAGREBELSKY, *Dignità e orrore*, 2635 ss.; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 315 ss.; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 127 ss., ma *passim*; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., spec. 15 ss. In prospettiva giusfilosofica, v. la sintetica ma densa rappresentazione della pluralità delle accezioni via via prospettate della dignità che è in F. VIOLA, *Dignità umana*, in *Enc. fil.*, III (2006), 2863 ss.; v., inoltre, E. RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Giappichelli, Torino 2014; G. TURCO, *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Giappichelli, Torino 2017, e, ora, AA.VV., *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, a cura di V. Marzocco, Giappichelli, Torino 2018, e G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 16 gennaio 2019, 54 ss.

<sup>18</sup> Una conversione, questa, che ha soprattutto nelle dolorose vicende relative al fine-vita il suo emblematico banco di prova, come testimoniano taluni casi che hanno fortemente diviso studiosi e pubblica opinione, quale da ultimo quello *Cappato*, peraltro ad oggi pendente davanti alla Consulta per effetto di una discussa (e discutibile) decisione da quest'ultima adottata di rinvio della definizione della causa al prossimo settembre, in attesa di un (improbabile) intervento risolutore del legislatore.

Una vigorosa sottolineatura dell'autodeterminazione, strettamente ed inscindibilmente connessa alla salvaguardia della dignità, è, tra gli altri, in S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., spec. 210; ulteriori riferimenti, ora, in C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2018, 3 ss. Non si trascuri tuttavia l'avvertenza di un'accreditata dottrina secondo cui l'autodeterminazione può, specie in talune sofferte vicende della vita, tradursi in comportamenti lesivi della dignità [ancora di recente, G.M. FLICK, *Considerazioni sulla dignità*, Intervista rilasciata ad A. D'Aloia per conto di [Biolaw Journal](#), 2/2017, 8, che riprende e precisa ulteriormente alcune indicazioni date nel suo *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015; v., inoltre, M. REICHLIN, *La discussione sulla dignità umana nella bioetica contemporanea*, in [Biolaw Journal](#), 2/2017, 93 ss.] o – come pure è stato lucidamente rilevato (V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., spec. 31 ss.) – portare all'esito abnorme di fare di ciascuno di noi “un potenziale tiranno di sé stesso” (38).

<sup>19</sup> ... oltre che in altri disposti della Costituzione e – non si dimentichi – di altre Carte, a partire da quella di Nizza-Strasburgo, parimenti vigenti nel nostro ordinamento e – come si tenterà di mostrare – provviste di forza normativa non inferiore a quella della nostra legge fondamentale.

ma, di certo, non può dirsi risolto; piuttosto, è spostato in avanti, dovendosi quindi rinvenire uno o più criteri idonei a fissare la misura suddetta e, dunque, a conti fatti, a mettere a fuoco il concetto di dignità e, di riflesso, quello di diritto fondamentale. Una questione che – com'è chiaro – vale specialmente per i nuovi diritti, innominati dalla Carta, ma vale anche per i vecchi, essi pure bisognosi di essere rimessi a punto concettualmente e fatti oggetto di una protezione adeguata al contesto in cui al presente s'inscrivono e chiedono di farsi valere.

Soccorre al riguardo, a mio modo di vedere, un criterio che appare essere il più oggettivo di tutti, che rimanda, in ordine alla individuazione degli autentici diritti fondamentali, a *consuetudini culturali* di riconoscimento ormai affermatesi e radicatesi nel corpo sociale: l'ulteriore riconoscimento da parte degli operatori (e, segnatamente, come si vedrà a momenti, di legislatore e giudici) consegue all'affermazione delle consuetudini in parola, costituisce (e *deve* costituire) cioè disvelamento di ciò che è racchiuso negli strati più profondi della società e che perciò richiede di esser portato alla luce e fatto oggetto di congrua protezione. D'altro canto, la stessa Costituzione – secondo l'aureo insegnamento di V.E. Orlando che, a sua volta, si rifaceva espressamente alla nobile tradizione romanistica – è disvelamento (“riconoscimento”, appunto) di interessi e beni diffusamente ed intensamente avvertiti e dei *mores* formati in ordine alla loro salvaguardia<sup>20</sup>; e non è inopportuno rammentare che ancora oggi la più accreditata dottrina si riconosce, con originali svolgimenti, in questa indicazione metodico-teorica<sup>21</sup>.

La questione si complica, tuttavia, terribilmente in relazione a consuetudini incipienti, che lottano per la loro affermazione ma che non sono ancora pervenute a piena maturazione.

Si pensi, per fare ora solo uno dei molti esempi che potrebbero al riguardo addursi, al diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, il cui riconoscimento è oggi – come si sa – vigorosamente reclamato da molti e da molti altri però osteggiato, considerato cioè una pretesa inaccettabile, che fa a pugni con l'idea stessa della primigenia formazione sociale, la famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, quale peraltro accolta dalla stessa giurisprudenza costituzionale ([sent. n. 138 del 2010](#)).

Le consuetudini, per loro natura, non vengono mai alla luce *ex abrupto*; possono, sì, darsi eventi scatenanti, che portano a fare un balzo in avanti decisivo al fine della loro compiuta affermazione ma presentano sempre carattere progressivo: vale per le consuetudini quali fonti del diritto e vale anche per le consuetudini culturali, come a me piace chiamarle, e per ogni altro genere di consuetudine sociale. Non escludo che gli storici del futuro, guardando retrospettivamente alla vicenda cui si fa ora

---

<sup>20</sup> Scriveva il fondatore della scienza giuspubblicistica in Italia ne *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. giur.*, 1889, ora in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano 1940, 18, che “il diritto pubblico non si codifica, non solo per la ragione, gravissima certo, ma di indole transitoria, della poca elaborazione che esso ha avuto, ma soprattutto perché l'indole medesima di quei rapporti non si presta, non che ad una codificazione, spesso nemmeno ad una dichiarazione legislativa. Sono osservazioni così comuni da parer triviali, il ricordare che il principio su cui si fonda il governo di gabinetto non è stato scritto in nessuna legge, che impossibile è determinare la parte che, per diritto pubblico, resta riservata alla consuetudine, e che su molti argomenti i vari diritti pubblici positivi mancano di una legge, e la scienza non crede conveniente di farla”. Ancora, poi, sul finire della sua lunga ed operosa esistenza, troviamo affermato nello *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1951, ora in *Scritti giuridici vari (1941-1952)*, Giuffrè, Milano 1955, 19, che “i giuristi romani, infatti, non meno degli anglosassoni, restarono fedeli nell'attendere allo sviluppo spontaneo del diritto e nel riconoscere in esso la vera ed unica forza conferita dai *mores maiorum* e dalla tradizione, mentre non sono certo superati dai tedeschi moderni per ciò che riguarda la ricostruzione in forma di sistema di quei principî che l'evoluzione giuridica era venuta formando e la trasformazione di essi in regole normative, ma derivate, non originarie” (ha, di recente, fatto il punto sul magistero orlandiano V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari 2018).

<sup>21</sup> L'idea del “disvelamento”, con specifico riguardo alla materia costituzionale, è vigorosamente patrocinata, tra gli altri, da P. GROSSI, a cui opinione “una attività consistente nel *creare* non si addice a una realtà fondamentale quale il diritto, che è già scritto, sia pure negli strati profondi dell'esperienza; che è, però, sempre da decifrare e che va, pertanto, cercato e trovato. Orbene, i Costituenti furono straordinariamente provvisti di *capacità inventiva*...” [L'*invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 3/2016, 816; dello stesso, più di recente, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017; sul pensiero di G., v. O. ROSELLI, *L'invenzione del diritto (Considerazioni a margine di un recente libro di Paolo Grossi)*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 1/2018, 23 marzo 2018, e C. FARALLI, L'“*invenzione*” della Costituzione a settant'anni dalla nascita. A proposito di Paolo Grossi, *L'invenzione del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2018, 171 ss.].

riferimento, possano vedere nella legge sulle unioni civili una importante tappa in vista del riconoscimento *pleno iure* del diritto alle nozze a beneficio degli omosessuali; può darsi, invece, che la legge in parola si ponga quale la punta più avanzata, la finale, di un processo di maturazione culturale e normativa inidoneo a portarsi ancora oltre. Escluderei, invece, che possa immaginarsi un regresso rispetto a questa giusta conquista: sarebbe uno di quei casi di riforma *in peius* che – come si è sopra rammentato – non può comunque trovare giustificazione alcuna ed è anzi frontalmente contrastata dai principi di libertà ed eguaglianza, nel loro fare “sistema”.

Sta di fatto che il diritto, tanto se ad opera del legislatore quanto se di giurisprudenziale fattura, non può né restare indietro né però portarsi troppo oltre rispetto alle consuetudini culturali in parola: in un caso e nell’altro, infatti, risulterebbe squilibrato, irragionevole, e finirebbe, a conti fatti, con l’essere respinto dal corpo sociale, esattamente così come si ha in caso di trapianto di un organo estraneo al corpo ricevente, laddove non dovesse risultare efficace la terapia antirigetto.

Il diritto (in senso oggettivo) è, insomma, tenuto a mostrarsi costantemente adeguato, conforme, ai diritti soggettivi, nelle loro proiezioni culturali (una indicazione, questa, che, come si vedrà, torna preziosa al fine di rivedere nella giusta luce modi e forme della tutela dei diritti stessi). La qual cosa, nondimeno, non esclude, ed anzi implica, che la “razionalizzazione” positiva, per il fatto stesso di venire ad esistenza, possa avviare inusuali processi culturali volti a rimettere a fuoco i diritti ovvero concorrere, per la sua parte, alla formazione di nuove consuetudini culturali: con un moto – come si vede – di mutua e incessante ricarica tra cultura e diritto, ciascun termine della relazione avendo comunque bisogno dell’altro al fine di potersi far valere ed ulteriormente trasmettere nel tempo.

*3. Due paradossi in tema di diritti: cresce la platea di coloro che astrattamente ne godono e crescono i diritti stessi per numero e pretese di appagamento ma diminuiscono le risorse allo scopo disponibili e, ancora, chiamati ad un innaturale ruolo di “supplenza” nei riguardi del legislatore i giudici, nell’intento di dare tutela ai diritti, si fanno decisori politici ma, così facendo, pregiudicano quella tipicità dei ruoli che è stata pensata proprio in funzione della ottimale salvaguardia dei diritti stessi*

Le vicende dei diritti si ambientano e svolgono a tutti i piani della vita sociale, a ciascuno di essi nondimeno assumendo connotati peculiari e risentendo di suggestioni e condizionamenti in genere di contesto di varia intensità e capacità d’incidenza. Ad ogni piano, poi, uno speciale rilievo va assegnato a crisi ed emergenze in genere i cui riflessi sono d’immediata evidenza proprio a carico dei diritti, specie di quelli che si trovano davanti ad esse maggiormente esposti.

Un dato è al riguardo da tenere particolarmente presente, con riferimento alle mutue implicazioni che tutti i diritti si fanno: per essi, infatti, vale ed è sistematicamente avvalorata la regola, che è peraltro propria dei principi fondamentali e delle loro vicende, secondo cui *simul stabunt vel simul cadent*. I diritti, poi, come nel sistema dei vasi comunicanti, riversano gli uni sugli altri le risorse di cui dispongono al fine di potersi affermare e, però, allo stesso tempo, riflettono a vicenda anche gli effetti negativi ai quali ciascuno di essi va incontro, specie con riferimento a quelli di essi idonei ad incidere più a fondo, nella loro stessa struttura costitutiva<sup>22</sup>. Il fenomeno, malgrado sia di corpora ed immediata evidenza, fatica ad essere colto appieno e descritto come si conviene fin nelle sue pieghe più sottili e recondite.

Un solo esempio per tutti. Si consideri il diritto alle nozze, da una coraggiosa giurisprudenza ([Corte cost. n. 245 del 2011](#)) riconosciuto – come si sa – anche allo straniero irregolare. Ebbene, è questo uno degli esempi più illuminanti di come non possano ormai più, se mai hanno potuto, essere tenuti

---

<sup>22</sup> Non è vero (o, meglio, non è *sempre* vero), dunque, quanto rilevato da molti studiosi secondo cui la crescita di un diritto andrebbe fatalmente a discapito di un altro o di altri. Come si viene dicendo, infatti, alle volte l’innalzamento del livello di un diritto spinge parimenti in alto quello di altri e così pure per il caso opposto dell’abbassamento; può inoltre darsi il caso che l’uno ovvero l’altro movimento dell’asticella si rifletta, allo stesso tempo, in un arricchimento ovvero in un impoverimento del patrimonio dei diritti della persona, a seconda delle situazioni soggettive evocate in campo dal caso stesso e del contesto in cui la singola vicenda s’inscrive e svolge.

rigorosamente distinti (o, peggio, separati a colpi d'accetta) i diritti etico-sociali rispetto ai diritti economico-sociali ed agli stessi diritti politici. Per effetto del riconoscimento del diritto in parola, infatti, lo straniero può acquistare lo *status* di cittadino, con tutti i diritti e doveri che gli sono propri, avendone pertanto costi e benefici apprezzabili compiutamente solo di volta in volta.

La stessa Costituzione novellata nel 2001, peraltro, espressamente prende atto della difficoltà di seguitare a riprodurre, nel modo schematico di un tempo, la usuale partizione dei diritti in “civili” e “sociali”, tutti avendo comunque bisogno – come si è poc'anzi rammentato – di “livelli essenziali” di prestazioni senza il cui raggiungimento sarebbero fatalmente sacrificati.

Di qui, un primo esito, a prima vista, paradossale, al quale si è già fatto cenno in sede di notazioni introduttive di questo studio; ed è che crescono per numero i diritti, come pure le loro pretese di tutela, con specifico riguardo a quelli aventi natura etico-sociale, e diminuiscono fatalmente le risorse disponibili per la tutela degli stessi o di altri diritti ad essi comunque inscindibilmente legati, specie di quelli la cui affermazione comporta i maggiori costi.

Di qui, poi, un secondo paradosso, che si rende particolarmente visibile sul terreno su cui maturano le esperienze dei *diritti scientificamente condizionati* ma che non di rado si ha anche con riguardo ai vecchi diritti; un paradosso che, peraltro, rimanda alla generale questione, dietro accennata, relativa ai luoghi ed ai modi coi quali può prendere forma in modo acconcio il riconoscimento dei nuovi diritti e si ha la incessante messa a punto dei vecchi.

Va fatta una preliminare considerazione; ed è che le sfide viepiù impegnative e le minacce e insidie crescenti alle quali i diritti vanno incontro richiede la discesa in campo a loro salvaguardia di tutti gli operatori, pur nella naturale, costituzionalmente imposta, tipicità dei ruoli e delle responsabilità. Solo in tal modo, infatti, si può coltivare la speranza che i rischi, perlomeno quelli di maggior effetto, possano essere fugati o, quanto meno, contenuti i danni che i diritti sono obbligati in una certa misura a patire. È ovvio – è stato ripetuto in innumerevoli sedi, sia pure con varietà di accenti e argomenti<sup>23</sup> – che la prima e più rilevante parte spetta fare ai decisori politici (e, dunque, principalmente al legislatore); i giudici, tutti i giudici (comuni e costituzionali, nazionali e non), scendono (o, meglio, *dovrebbero* scendere) in campo solo in seconda battuta, a rimorchio e a salvaguardia delle previsioni stabilite dal legislatore. La qual cosa, nondimeno, non toglie che quest'ultimo risulti poi debitore culturalmente delle indicazioni e sollecitazioni venute dalla pratica giuridica, nelle sue più salienti espressioni, rivedendo e variamente correggendo ed integrando i prodotti normativi dapprima sfornati.

Ora, è un dato di comune acquisizione, talmente notorio da risultare persino banale dovervi qui fare richiamo, che questo modello teorico-ricostruttivo si è trovato (e si trova) soggetto a forti torsioni, a causa di ritardi e carenze della normazione che hanno obbligato (ed obbligano) i giudici a forme abnormi di “supplenza” – come suole essere chiamata – i cui effetti di sistema (al piano della normazione stessa come pure a quello delle relazioni istituzionali) sono d'inusitata gravità, peraltro ad oggi ancora solo in parte indagati e fatti oggetto di adeguata sistemazione teorica.

Si badi: che anche i giudici siano chiamati dallo stesso modello ad un compito di normazione (in larga accezione) non è, ad opinione di molti, da dubitare. La complessità dei casi della vita, specie di quelli che trovano sbocco nelle vicende processuali, porta a dire che, tanto laddove il legislatore resti totalmente inerte quanto, all'opposto, che faccia luogo a discipline connotate da disposti eccessivamente minuti e dettagliati, i giudici si trovano comunque obbligati ad un faticoso e non di rado sofferto compito di rifacimento sostanziale dei testi, a colmare cioè strutturali lacune della legislazione<sup>24</sup> ovvero a rendere duttile e flessibile ciò che, a motivo del sovraccarico dei disposti

---

<sup>23</sup> Da ultimo e per tutti, R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in [Rivista AIC](#), 4/2018, 30 dicembre 2018, 619 ss.

<sup>24</sup> In tema, di recente, interessanti spunti di ordine teorico-ricostruttivo sono offerti da G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in [Rivista AIC](#), 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., e, nella stessa *Rivista*, R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, 1/2019, 16 gennaio 2019, e C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, cit.

(specie laddove infarciti di irragionevoli divieti<sup>25</sup>), era in origine troppo rigido, incapace dunque di piegarsi davanti alla varietà del reale e ad offrire a ciascuna delle sue espressioni l'ottimale servizio, alle condizioni oggettive di contesto.

Il modello maggiormente adeguato ai complessivi bisogni dei diritti, specie (ma non solo) appunto di quelli scientificamente condizionati, vede, pertanto, la legislazione connotata da essenzialità di disposti (in buona sostanza, *per principia*)<sup>26</sup> e i giudici naturalmente chiamati a darvi svolgimento ed *attuazione* (e non già, come pure ritenuto da un'accreditata dottrina<sup>27</sup>, mera *applicazione*) a mezzo delle regole di volta in volta sollecitate dai casi<sup>28</sup>.

Il punto è, però, che siffatta normazione di fattura giurisprudenziale dovrebbe pur sempre svolgersi entro il solco tracciato dalla legislazione, far cioè opera di adattamento dei suoi principi ai casi, non già prendervi – irragionevolmente, appunto – il posto: tanto che ciò sia presentato quale esito di processi complessi d'interpretazione quanto che prenda forma a mezzo di pronunzie dei giudici costituzionali additive o sostitutive dei testi, si sarebbe pur sempre in presenza – per riprendere un'antica e fortunata espressione – di un “uso alternativo” della normazione. Di contro, per la tesi qui nuovamente patrocinata, la normazione posta in essere nelle sedi in cui si amministra giustizia dovrebbe porsi sempre (e solo) quale il naturale *prolungamento* della legislazione, non già la sua abnorme *sostituzione*. Debordando dall'alveo entro il quale devono stare, i giudici si fanno dunque decisori politici, alle volte anzi i massimi decisori<sup>29</sup>, fino al punto di trasformarsi in un autentico

---

<sup>25</sup> Emblematica, in tal senso, la legge n. 40 del 2004, fatta giustamente a pezzi dalla giurisprudenza costituzionale, oltre che “riscritta” in molte sue parti per via d'interpretazione da una ipercreativa giurisprudenza comune [efficacissimo il titolo che riassume questa vicenda dato ad una sua sintetica ma densa riflessione da A. D'ALOIA, *L'ex* 40, in *Quad. cost.*, 4/2015, 997 ss.].

<sup>26</sup> Così, *ex plurimis*, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524, del quale v., ora, le precisazioni che sono in Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni), in *Biolaw Journal*, 2/2018, 77 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5 e, dello stesso, *amplius*, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti Costituzionali*, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal*, 3/2015, 168; nella stessa *Rivista*, A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, 1/2016, 105 ss.; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *Biolaw Journal*, 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in questa *Rivista*, *Studi* 2018/I, spec. 235 ss., e, dello stesso, ora, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in *Giustizia Insieme*, 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, in corso di stampa per i tipi della Aracne; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., spec. 170 s., e, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 257 ss., nonché in *Federalismi.it*, 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4. Da ultimo, G. LANEVE, *Legislature e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., 407 ss., spec. 431.

<sup>27</sup> V., part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché, ora, *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss. Sull'annosa questione della creatività della giurisprudenza, tra gli altri e di recente, v., in aggiunta allo scritto di G. LANEVE sopra cit., l'ampio saggio di G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss. In prospettiva giusfilosofica, v., almeno, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, ora, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018.

<sup>28</sup> Non si sottovaluti, poi, il ruolo al riguardo giocato dall'amministrazione, pur se in forme assai meno appariscenti di quelle possedute dalle pronunzie dei giudici, specie di quelli che hanno la maggiore visibilità, quali i giudici costituzionali (in argomento, di recente, M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 8 novembre 2018).

<sup>29</sup> La spiccata tendenza, viepiù rimarcata nella più recente giurisprudenza, della Corte costituzionale a proiettare in primo piano sulla scena la propria “anima” politica – come si è soliti chiamarla –, lasciando sullo sfondo (o, diciamo pure,

*potere costituente permanente*, laddove si assista alla riscrittura del dettato costituzionale o di quello di altri documenti normativi materialmente costituzionali, quali sono appunto le Carte dei diritti<sup>30</sup>: un potere costituente, peraltro, dai mille volti, vuoi per il fatto che assai parcellizzata è la distribuzione territoriale delle sedi istituzionali in cui esso si rende manifesto e vuoi perché nella medesima sede uno stesso disposto può costituire oggetto innumerevoli volte del suo sostanziale rifacimento, persino ad opera dello stesso operatore, esattamente come si fa con un lavagna in cui ciò che è scritto può essere di continuo cancellato e sostituito.

Ed è proprio qui che si coglie il secondo paradosso. La Costituzione infatti – come sappiamo – è nella sua essenza la Carta dei diritti fondamentali, a salvaguardia dei quali è stata stabilita la separazione dei poteri, secondo la magistrale e ad oggi insuperata intuizione dei rivoluzionari francesi consacrata nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789<sup>31</sup>. Senza la seconda non avrebbe alcun senso il riconoscimento dei diritti che, anzi, rischierebbe, nella sua retorica enunciazione, di tradursi in un'autentica beffa per coloro che astrattamente ne godono ma che nei fatti di siffatto godimento sono privati.

Ebbene, il paradosso è dato dal fatto che molte volte i giudici sono costretti dalle complessive mancanze della legislazione a venir meno alla tipizzazione del loro ruolo rispetto a quello dei decisori politici, vale a dire a far cadere una delle basi portanti dello Stato costituzionale, pensata proprio al fine di preservare al meglio i diritti stessi. Come dire, con parole diverse ma identità di sostanza, che i giudici si rendono responsabili di evidenti e marcate torsioni di una delle due componenti della Costituzione allo scopo di servire fin dove possibile l'altra, senza però avvedersi del fatto che, privata di una delle sue gambe, la Costituzione non può portarsi avanti: sarebbe come immaginare che un edificio poggiante su due colonne possa ugualmente tenersi in piedi una volta che ne sia fatta crollare una di esse.

Torna allora a riproporsi l'antico, inquietante quesito: *il fine giustifica il mezzo o, quanto meno, lo giustifica sempre*<sup>32</sup>? E ancora: è rimediabile quest'esito perverso, al quale parrebbe che l'intero sistema istituzionale debba fatalmente andare incontro? Non si dimentichi, infatti, che – come la

---

sacrificando) quella giurisdizionale, è rilevata con varietà di accenti ed argomenti da una nutrita dottrina (tra gli altri, C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017; v., inoltre, utilmente, in prospettiva comparata, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti - E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018).

<sup>30</sup> Siffatto attributo delle Carte, poi, naturalmente si riflette sulle Corti, esse pure dunque tendenzialmente costituzionali, pur ovviamente mantenendo i tratti loro peculiari, conformemente alle loro origini, ai piani istituzionali ai quali operano, alle funzioni loro assegnate [su questa tendenza, tra gli altri v. O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; O. POLLICINO - V. SCARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti - V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.; AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, e, da ultimo, G. REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in corso di stampa in *Quest. giust.* Risolutamente contrario all'accostamento della Corte dell'Unione alla Corte costituzionale si è dichiarato M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 1/2017, 21 aprile 2017, spec. l'ult. par.].

<sup>31</sup> Sulla varietà delle espressioni storiche del principio e la sua perdurante attualità, v., per tutti, la corposa indagine di G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I e II, Giuffrè, Milano, risp. 1979 e 1984.

<sup>32</sup> È stato, nondimeno, ancora non molto tempo addietro rammentato da una sensibile dottrina che “i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini” (A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169).

stessa Consulta ha fatto notare, in risposta alla critica ricorrente di proporsi quale legislatore alternativo – la “supplenza” alla quale essa si è trovata (e si trova) costretta non è stata “né richiesta né gradita”<sup>33</sup>. Il che poi, andando al cuore del problema, equivale a chiedersi se possa porsi, almeno in parte, rimedio alla crisi della rappresentanza politica, nella quale è la radice da cui incessantemente si alimentano quelle complessive carenze della legislazione alle quali si è sopra fatto cenno (ma, di ciò, più avanti).

*4. Il terzo paradosso, che vede ugualmente i giudici farsi decisori politici ma obbligati a sacrificare i diritti: “fatti” di emergenza sollecitano l’adozione di norme per farvi fronte che penalizzano, alle volte grandemente, i diritti, le quali norme poi sono non di rado mandate assolte dai giudici, trascurandosi tuttavia il dato elementare e di comune evidenza per cui quei “fatti” sono generati o, come che sia, alimentati da norme malfatte ovvero in tutto mancanti*

Non sempre, tuttavia, le alterazioni del modello (in specie, per ciò che concerne lo svolgimento dei ruoli istituzionali) hanno nel bisogno di assicurare salvaguardia ai diritti la loro ragione d’essere; alle volte, si ha proprio l’inverso, assistendosi a ripetuti e gravi sacrifici dei diritti stessi, immolati al fine di offrire protezione ad altri interessi meritevoli di tutela e, persino, in situazioni di vera e propria emergenza, al fine di preservare la continuità dell’ordinamento nel tempo, di un’esperienza istituzionale cioè che rischierebbe altrimenti di restare travolta da un fatto di discontinuità costituzionale.

Qui, si coglie un terzo paradosso della complessiva vicenda cui si riferisce la succinta riflessione che si va ora facendo.

La “logica” dell’emergenza è perversa e soffocante allo stesso tempo. Nel suo nome, discipline positive che comportano costi assai elevati, alle volte francamente insopportabili, per i diritti vengono fatte salve da parte dei garanti (in specie, della Corte costituzionale), trascurandosi tuttavia il dato elementare e di tutta evidenza per cui non è il “fatto” in sé e per sé (potremmo dire: il mero “fatto”) ad essere incostituzionale bensì ciò che lo determina e consolida, a partire appunto da norme mancanti ovvero esistenti ma complessivamente carenti che ne agevolano l’affermazione e il radicamento.

Il circolo diviene così perfetto: norme inesistenti o, come che sia, difettose generano e alimentano il “fatto” contrario a Costituzione e quest’ultimo, a sua volta, incoraggia l’adozione di altre norme, volte a farvi fronte, che comportano gravi sacrifici per i diritti e, in genere, i beni della vita costituzionalmente protetti<sup>34</sup>. Si danno, poi, situazioni di emergenza particolarmente grave, tale – come si diceva – da mettere in forse la sopravvivenza stessa dell’ordinamento che portano all’adozione di discipline positive che mettono sotto *stress* persino la dignità della persona umana, il valore dei valori – come lo si è altrove chiamato – o, secondo un’altra sua efficacissima rappresentazione, la “bilancia” su cui si dispongono i diritti e gli interessi in genere meritevoli di tutela al fine della loro mutua ponderazione<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> L’efficace espressione è del Presidente *pro tempore* G. ZAGREBELSKY, che l’ha utilizzata nel corso della Conferenza stampa relativa al 2004 con specifico riguardo alla mancata adozione di un’adeguata disciplina legislativa di attuazione del nuovo Titolo V; come si viene dicendo, ad essa può però riconoscersi generale valenza.

<sup>34</sup> Ho già anticipato i concetti ora evocati in altri luoghi (tra i quali, il mio [Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisive a salvaguardia dell’etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista, Studi](#), 6 novembre 2014, spec. al § 3); li riprendo, ora, con ulteriori precisazioni e svolgimenti.

<sup>35</sup> La bella immagine della bilancia si deve – come si sa – a G. SILVESTRI, che vi ha fatto più volte richiamo, a partire da *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, nel [sito telematico](#) dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 14 marzo 2008; si sono, tra gli altri, rifatti a questa indicazione teorica G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015, e C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura - A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 205 ss.; altri riferimenti, ora, in V. SCALISI, *L’ermeneutica della dignità*, cit., 41 ss., spec. 44 s. Considerano, invece, la dignità soggetta a bilanciamento, tra gli altri, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., del quale v. inoltre, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte*

Si pensi, ad es., a ciò che si è da noi avuto al tempo in cui la morsa della crisi economica si è fatta talmente stretta da risultare soffocante, portandoci ad un passo dal *default* di Stato e obbligando il Governo Monti all'adozione di misure gravemente penalizzanti e francamente insopportabili per larghe fasce della popolazione<sup>36</sup> e, più ancora, a quanto s'è fatto al tempo del terrorismo rosso per far fronte al quale è venuta alla luce una disciplina normativa, fatta quindi salva da [Corte cost. sent. n. 15 del 1982](#), che innalzava in modo abnorme i termini massimi di carcerazione preventiva al fine di evitare che persone sospette di appartenere alle brigate rosse e detenute in attesa di processo potessero essere rimesse in libertà, con rischi evidenti per la incolumità individuale e collettiva.

La "logica" perversa sopra illustrata ha qui avuto, forse, la sua emblematica rappresentazione: non riuscendosi a celebrare i processi in tempi ragionevoli (premessa maggiore del sillogismo), occorreva adeguare alla loro insopportabile durata il tempo della custodia in carcere (premessa minore), ad opera di disciplina giustificata dall'emergenza e perciò mandata assoluta in sede di sindacato di costituzionalità (conclusione verace).

Anziché andare alla radice del male (la premessa) si è intervenuti (e si interviene) a valle, non sanzionando l'autore di un rimedio perverso, che poi era (ed è)... lo stesso responsabile del male.

È singolare l'esito paradossale di questa vicenda messo a raffronto col paradosso precedentemente esposto. In un caso e nell'altro, infatti, tanto che i giudici operino a salvaguardia dei diritti quanto che li sacrificino in nome di altri interessi considerati meritevoli di prioritaria considerazione, si assiste non di rado ad interventi comunque forzosi nei riguardi della Costituzione, della sua stessa essenza. La Costituzione, insomma, comunque ne soffre; e si tratta, quindi, di stabilire quale sia la soglia di tolleranza di una siffatta, complessiva torsione, dove cioè si situi il punto di non ritorno di un'alterazione dei ruoli istituzionali che – come si è venuti dicendo – fa tutt'uno con l'alterazione della Costituzione.

È evidente che, perdurando ed anzi ulteriormente aggravandosi la crisi della rappresentanza politica<sup>37</sup>, i garanti sono naturalmente sollecitati a convertirsi, snaturandosi, in decisori politici. La proliferazione di tecniche decisorie viepiù raffinate ed incisive, elaborate dagli stessi giudici (in specie dalla Corte costituzionale), rende eloquente e – a dirla tutta – inquietante testimonianza di questo stato di cose; ed è un fenomeno che – come confermano recenti esperienze – parrebbe non conoscere sosta né limiti<sup>38</sup>.

##### *5. Il quarto paradosso: il sacrificio dell'autonomia politica delle Regioni, pensata in funzione*

---

*cost. n. 238 del 2014*), in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1270 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.* 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.

<sup>36</sup> Ancora una volta, tuttavia, la giurisprudenza s'è dimostrata oscillante, ora avallando le scelte necessitate del legislatore ed ora invece sanzionandole. Non sempre, invero, i diritti (specie quelli già acquisiti) sono stati abbandonati a se stessi, in balia dei marosi della crisi. Coraggiosa e da molti apprezzata è parsa essere la posizione assunta, una volta superato il momento più critico della crisi, da [Corte cost. sent. n. 275 del 2016](#), specie nel suo passo in cui si rileva che "è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione".

<sup>37</sup> Fra le numerose illustrazioni che se ne sono date in tempi antichi e recenti, v., almeno ed anche per risalenti indicazioni, AA.VV., *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, a cura di A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015; F. BIONDI - G. BRUNELLI - M. REVELLI, *I partiti politici nella organizzazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 21 ss.; i contributi al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, Catania 3-4 aprile 2017, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2017, e quelli di O. MASSARI, *Partiti e parlamenti negli ordinamenti di democrazia pluralista*, e G. VECCHIO, *Crisi dei partiti e crisi del pluralismo*, in *Il problema del partito politico tra scienza politica e diritto*, in [Nomos](#), 3/2017; F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Giappichelli, Torino 2017; A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Dir. cost.*, 1/2018, 95 ss., e, dello stesso, ora, *amplius*, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; in prospettiva filosofica, v., per tutti, L. FERRAJOLI, *Separare i partiti dallo Stato, riportare i partiti nella società*, in *Lo Stato*, 6/2016, 11 ss.; con riguardo alla dimensione sovranazionale, ora, A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale. I fattori normativi*, FrancoAngeli, Milano 2018.

<sup>38</sup> Si rammenti nuovamente, ad es., l'anomalo rinvio della decisione sul caso Cappato disposto da un atto, l'[ord. n. 207 del 2018](#), nel quale risulta vistoso lo scollamento tra la veste formale e la sostanza in essa racchiusa.



*della salvaguardia dei diritti e, in genere, dei bisogni maggiormente avvertiti dalla comunità stanziata sul territorio, un sacrificio che ha, nondimeno, cause plurime, in ispecie dislocate nel “sistema” dei partiti per un verso, nella emersione impetuosa di crisi ed emergenze varie per un altro, e che è talora motivato proprio in relazione all’obiettivo di dare un congruo appagamento ai diritti*

Alla crisi della rappresentanza politica, per un verso, e, per un altro verso, anche (ma non solo) ad emergenze varie si deve poi un ulteriore esito paradossale<sup>39</sup>, costituito dalla forte contrazione dell’autonomia degli enti territoriali (a partire dalle Regioni) registratasi nel corso dell’intera esperienza repubblicana ma che proprio negli anni a noi più vicini ha avuto le sue più emblematiche e vistose testimonianze. Ed è un esito paradossale proprio per il fatto che esso è talora giustificato in relazione all’obiettivo di dare appagamento ai diritti, trascurandosi tuttavia la circostanza per cui l’autonomia è stata pensata già in tempi risalenti ed obiettivamente sfavorevoli alla sua affermazione<sup>40</sup> proprio al fine di assicurare l’ottimale tutela ai diritti e, in genere, a bisogni diffusamente e intensamente avvertiti in seno al corpo sociale, bisogni peraltro almeno in parte diversi da luogo a luogo, sì da richiedere strutture parimenti diversificate chiamate a farsene carico in modo adeguato.

Rivista questa vicenda *dal punto di vista dei diritti*<sup>41</sup>, piana appare essere la conclusione secondo cui il sacrificio dell’autonomia, dovuto a spinte neocentralistiche particolarmente vigorose e pressanti<sup>42</sup>, naturalmente ridonda in sacrificio per i diritti che dalla promozione dell’autonomia stessa si attendono l’ottimale appagamento.

---

<sup>39</sup> Ovviamente, per la parte in cui l’alterazione del modello costituzionale di autonomia si deve a situazioni di emergenza possono riproporsi, sia pure con adattamenti, le notazioni dietro fatte a riguardo della spirale perversa in cui fatti e norme vengono non di rado a disporsi.

<sup>40</sup> È noto che già nel corso della vicenda risorgimentale e, specificamente, al tempo della unificazione del Regno pensatori illustri avevano vagheggiato l’istituzione delle Regioni, ancorché intese in modi assai diversi sia tra di loro che rispetto al disegno poi affermatosi alla Costituente; il carattere accentrato dell’organizzazione dello Stato post-unitario era, nondimeno, un esito pressoché obbligato al fine di tenere unito ciò che altrimenti avrebbe potuto subito tornare ad essere frammentato e diviso.

<sup>41</sup> ... come si è tentato, ancora di recente, di fare nel mio *L’autonomia legislativa delle Regioni, rivista dall’angolo visuale dei diritti, e i suoi ossimori*, in [Diritti regionali](#), 3/2018, 18 dicembre 2018.

<sup>42</sup> ... spinte la cui provenienza ha, alle volte, fuori delle mura domestiche i luoghi in cui sono generate e da cui incessantemente si alimentano e traggono rinnovato vigore, ad es. dall’Unione europea, da cui hanno origine vincoli viepiù stringenti a carico dello Stato che poi sono da quest’ultimo addotti a giustificazione di politiche fortemente accentratrici. In realtà, le cose non stanno affatto così, dal momento che è ormai provato che l’osservanza dei vincoli suddetti può bene conciliarsi con il rispetto del riparto costituzionale di materie e funzioni, secondo quanto peraltro lo stesso art. 4.2 TUE esplicitamente riconosce (sul significato di quest’enunciato, fatto oggetto di ricostruzioni di vario segno, v., tra gli altri, F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell’europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013; T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell’Unione europea: continuità o rottura?*, in [Federalismi.it](#), 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI - V. CAPUZZO - I. DEL VECCHIO - A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti* e, più di recente, G. DI FEDERICO, *L’identità nazionale degli stati membri nel diritto dell’Unione europea. Natura e portata dell’art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; AA.VV., *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l’interpretazione dell’“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell’UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l’Union: la long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall’integrazione europea*, in [Federalismi.it](#), 20/2018, 24 ottobre 2018, spec. §§ 5 e 6; F.-X. MILLET, *Plaidier l’identité constitutionnelle de l’État devant la Cour de justice*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 831 ss.; v., inoltre, i contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna - C. Fasone - G. Piccirilli, in *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018. Infine, se si vuole, v. il mio *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 31 dicembre 2018).

Questa conclusione è, in buona sostanza, da tener ferma ma rischia di dimostrarsi parziale e affrettata.

E infatti.

In primo luogo, va precisato che la contrazione degli spazi dell'autonomia, avuto specifico riguardo a quella regionale, non si deve al proposito scientemente coltivato e linearmente e fermamente perseguito di ridurre gli spazi entro cui i diritti possono affermarsi: un effetto, questo, che piuttosto si ha di riflesso e per ragioni diverse. Scavando al fondo della vicenda regionale, per come è venuta fin qui tra non poche contraddizioni e autentica sofferenza svolgendosi, ci si avvede che alla base della sua riduttiva e persino svilita affermazione vi sono strutturali carenze del c.d. "sistema" dei partiti<sup>43</sup>, in particolare vi è il difetto di un'autentica dimensione regionale dei partiti stessi. Opportunamente, infatti, la più avvertita dottrina ha da tempo messo in evidenza come le direzioni nazionali dei partiti non consentano che le loro ramificazioni periferiche dispongano di una effettiva autonomia decisionale, quanto meno con riguardo all'assunzione delle decisioni di maggior peso (quali quelle relative alla definizione delle alleanze politiche ed alla gestione in genere delle crisi di governo). Non dandosi compiuta autonomia politica dei partiti, di riflesso non si dà autonomia politica degli enti territoriali in cui questi operano<sup>44</sup>.

Sia chiaro. La crisi dell'autonomia non ha cause solo esogene, dipendendo in larga misura anche da palesi carenze e limiti complessivi manifestati dai decisori locali, da incapacità di progettazione dello sviluppo della società governata, alle volte accompagnata da grave miopia istituzionale<sup>45</sup>, sì da dar vita ad un'autentica miscela esplosiva, gravemente penalizzante per i bisogni maggiormente avvertiti dalla comunità stanziata sul territorio.

Il vero è che fa da noi difetto – a me pare – un'autentica *cultura regionale*: le Regioni ci sono ma l'idea regionale non è mai stata metabolizzata dalla cultura istituzionale, sono insomma rimaste come una sorta di sovrastruttura artificiosa, incapace di radicarsi nel terreno ordinamentale e sociale e in esso di crescere e portare i frutti sperati.

Le emergenze, poi, hanno fatto il resto; il bisogno di farvi fronte ha portato all'esito di ulteriormente alimentare quella spinta all'accentramento che parrebbe essere una "costante" della organizzazione, a tutti i livelli istituzionali e in tutte le forme in cui si manifesta. Non a caso,

---

<sup>43</sup> Metto volutamente tra parentesi il termine per evidenziare quanto poco invero di... *sistematico* esso possieda, se si conviene che il termine stesso evoca l'idea di una sia pur relativa stabilità ed armonia di cui invece – come si sa – non si ha alcun riscontro. In realtà, la crisi dei partiti parrebbe non conoscere limiti od ostacoli al suo sempre più accelerato avanzare, al punto che lo stesso sostantivo che designa siffatta specie di formazione sociale rischia di essere foriero di gravi fraintendimenti, ove si ammetta – come, a mia opinione, si deve – che i partiti di oggi sono una "cosa" talmente diversa da quella di un tempo che, con ogni probabilità, è forzato seguire a chiamarla con lo stesso nome.

<sup>44</sup> Su questo attributo particolarmente qualificante dell'autonomia ha più di ogni altro insistito con dovizia di argomenti e autentica passione civile il mio indimenticabile Maestro, T. MARTINES, in più contributi, tra i quali l'ormai classico *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss. È pur vero che il terreno costituzionale era (ed è) disseminato di intralci al libero dispiegarsi dell'autonomia, a partire da quell'autentica mina vagante che era data dall'"interesse nazionale" (per non parlare degli altri limiti, anche di quelli valevoli per la massima espressione di potestà legislativa, c.d. "piena" o "esclusiva", riconosciuta a beneficio delle Regioni speciali, essi pure risultanti da formule connotate da somma vaghezza concettuale). Forse, dunque, può considerarsi eccessivamente generoso il riconoscimento di un'autentica pienezza di autodeterminazione politica a favore degli enti regionali (non a caso, un'avvertita dottrina discorreva delle leggi regionali in termini di fonti "subprimarie") e, non a caso, d'altronde, non era (e non è, a tutt'oggi) assicurata una vera "parità delle armi" – secondo la sua efficace qualificazione di una sensibile dottrina – al piano delle garanzie nei giudizi di costituzionalità. Di qui, tuttavia, a giustificare il trattamento nei fatti riservato all'autonomia stessa ne corre... Francamente intollerabile è, dunque, scaricare su pur obiettive carenze ed oscurità del dettato costituzionale le responsabilità della condizione avvilita in cui l'autonomia versa, le quali invece – come qui pure si viene dicendo – hanno altrove (e, segnatamente, nella politica e nel "sistema" dalla stessa composto) la radice da cui incessantemente si alimentano.

<sup>45</sup> Emblematica testimonianza di quest'ultima è data dalla mancata approvazione da parte delle Regioni ad autonomia differenziata di progetti di nuovi statuti, il cui varo è stato – come si sa – prefigurato dallo stesso autore della riforma del 2001; ed è solo grazie alla felice intuizione di quest'ultimo, che l'ha portato a prevedere la clausola di maggior favore al fine di estendere subito anche a tali Regioni le più avanzate condizioni di autonomia stabilite a beneficio delle Regioni di diritto comune, che si è potuto porre un argine alla deriva alla quale l'autonomia speciale è andata soggetta. Diciamo pure che si è tamponata in qualche modo una falla sempre più estesa, seppur col costo di una innaturale uniformità di regime che fa a pugni con l'idea stessa di autonomia differenziata.

d'altronde, le Regioni hanno trattenuto presso di sé quote consistenti delle funzioni ricevute dallo Stato sin dalle prime ondate di trasferimento, laddove avrebbero dovuto – com'è noto – dislocarle agli enti territoriali minori, nel mentre lo Stato ha avocato a sé compiti il cui adempimento avrebbe dovuto (e dovrebbe) gravare sulle Regioni (ed altri enti ancora) e, andando ancora più in alto, l'Unione europea ha – come si diceva – espresso vincoli alle volte fin troppo stringenti a carico degli Stati-membri. Insomma, una “sussidiarietà” rovesciata, perlopiù ascendente e non discendente, che ha finito con il riflettersi in uno squilibrato e inadeguato appagamento dei bisogni maggiormente diffusi.

Occorre, nondimeno, guardarsi dal rischio di far luogo a facili ma esasperate generalizzazioni: sempre a riguardare a questa vicenda, sia pure con la rapidità imposta a questa riflessione, *dal punto di vista dei diritti*, non si trascuri il fatto che alle volte alcuni di essi hanno potuto trovare appagamento proprio grazie all'avocazione all'alto di funzioni che avrebbero richiesto di essere esercitate ad un livello sottostante, come testimonia la nota vicenda della *social card*, inventata da una disciplina statale ricadente su materia – i servizi sociali – di spettanza delle Regioni e, ciononostante, fatta salva dalla Corte costituzionale ([sent. n. 10 del 2010](#)) proprio per il ristoro che essa dava a persone particolarmente bisognose<sup>46</sup>. Come dice un vecchio adagio, rondine però non fa primavera; e, se si punta – come si è qui tentato di fare – unicamente a mettere in chiaro qual è la maggiore tendenza di una vicenda che ha carattere ordinamentale (e anzi, come si è veduto, persino proiezione sovranazionale), è inconfutabile – a me pare – che, al di là di occasionali e tutto sommato circoscritte espressioni della pratica giuridica (legislativa e giurisprudenziale) rispettose dell'autonomia, quest'ultima è stata complessivamente, gravemente sacrificata, al punto che è da chiedersi se si diano le condizioni oggettive di contesto che possano darle modo di risollevarsi e riprendere vigore, se non pure nella misura e nelle forme auspiccate dal modello costituzionale, in modo tale da potersi comunque tradurre in un servizio apprezzabile dalla comunità che ne è destinataria.

*6. Il quinto paradosso: l'effetto domino che si ha ogni qual volta comportamenti abnormi adottati da un organo (in specie, giurisdizionale) determinano reazioni parimenti abnormi da parte di un altro, con effetti imprevedibili per i diritti*

Possono, insomma, considerarsi fondate le speranze che a siffatto stato di cose possa porsi, almeno in parte, rimedio?

Il modello – come si diceva – vorrebbe che ciascun operatore faccia fino in fondo e come si deve la propria parte. Solo che la crisi della rappresentanza politica sembra essere – si è fatto notare da tempo dalla più avveduta dottrina<sup>47</sup> – la spia e la proiezione al piano dell'apparato di una generale e profondamente radicata crisi dei rappresentati, della società insomma, che ha quindi il suo speculare riflesso nelle sedi istituzionali preposte alla direzione politica. Dubito molto che, quanto meno a breve, si possa coltivare il fondato proposito di una inversione di rotta di un *trend* che va anzi ulteriormente crescendo e radicandosi nel tessuto sociale.

Non sembra dunque realistico prefigurare un riequilibrio nei rapporti tra centro e periferia o tra legislatore e giudici, perlomeno fintantoché non si diffonderà e sarà metabolizzato dal corpo sociale il bisogno di una intima adesione all'etica pubblica repubblicana, del recupero cioè di un senso della cosa pubblica che parrebbe essersi ormai definitivamente smarrito e, a conti fatti, come si dirà meglio sul finire di questa riflessione, di una cultura dei diritti alimentata e sorretta da una cultura dei doveri, consapevolmente avvertita ed autenticamente vissuta.

Dobbiamo, in particolare, chiederci se si diano le condizioni per un recupero dell'equilibrio al

---

<sup>46</sup> Si tocca qui con mano il paradosso di cui si è venuti dicendo: compressa l'autonomia quale fonte di realizzazione dei diritti al fine di assicurare una qualche tutela ai... *diritti stessi*.

<sup>47</sup> V., part., M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon - F. Biondi, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss., e, dello stesso, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria pol.*, 2015, 113 ss., spec. 128. Tra i molti che si sono rifatti a questa indicazione teorica, v., ora, G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., spec. 423 ss.

piano dei rapporti dei garanti *inter se*, che va esso pure soffrendo crescenti e vistose alterazioni, delle quali è spia eloquente la tendenza al “riaccentramento” vigorosamente espressa dalla più recente giurisprudenza costituzionale, la quale poi – come subito si vedrà – può avere riflessi negativi proprio a carico dei diritti, specie laddove il sindacato da parte della Consulta si consideri essere una soluzione obbligata e però assai problematicamente ottenibile<sup>48</sup>.

Va, al riguardo, nondimeno riconosciuto che di eccessi e carenze si è avuto largo riscontro praticamente in ogni sede in cui si amministra giustizia, tanto presso i giudici comuni quanto presso la Corte costituzionale e, in ambito esterno, presso le Corti sovranazionali.

Ancora una volta, si assiste non di rado ad una sorta di effetto domino: comportamenti abnormi posti in essere dall’una sede danno luogo a reazioni parimenti abnormi da parte di altre, con un moto di mutua ricarica dagli imprevedibili esiti per i diritti che, trovandosi a mezzo tra due litiganti, alle volte finiscono con il prendere colpi da entrambi. Un risultato – come si vede – paradossale, sol che si pensi che le relazioni tra i giudici dovrebbero essere costantemente informate dal (ed orientate verso il) principio della massimizzazione della tutela dei diritti stessi e, in genere, dei beni della vita meritevoli di tutela<sup>49</sup>. A farne le spese, poi, non di rado sono i prodotti legislativi, oggetto – come si

---

<sup>48</sup> Malgrado la vigorosa spinta avutasi (specie con riguardo alle leggi elettorali), per effetto – ad esser franchi – di una vistosa torsione dei canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità, al fine di portare alla cognizione della Corte questioni che non avrebbero potuto pervenirvi (e, dunque, alla forte contrazione delle “zone franche” non ricopribili dal sindacato della Corte stessa), sta di fatto che si hanno non pochi casi al verificarsi dei quali il sindacato stesso difficilmente può spiegarsi, come testimonia da ultimo la vicenda del c.d. “decreto sicurezza”, oggetto di “ribellione” da parte di alcuni giudici (in tema, tra gli altri e per tutti, A. MORELLI, [La “ribellione” dei sindaci contro il “decreto sicurezza”: la tortuosa via per la Corte costituzionale](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/I](#), 7 gennaio 2019, 1 ss., e M. CARDUCCI, [La “disobbedienza” dei Sindaci come “intreccio” di doveri “diffusi” di difesa dei diritti](#), in [laCostituzione.info](#), 7 gennaio 2019). La qual cosa, poi, per la sua parte ulteriormente avvalorata la tesi, altrove argomentata (da ultimo, nel mio *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, cit., part. ult. par.), secondo cui un “riaccentramento” esasperato del controllo di costituzionalità, oltre che tradursi in un autentico *boomerang* per lo stesso giudice delle leggi, può rivelarsi – ed è ciò che più importa – nocivo per i diritti e la Costituzione, comunque meno attrezzato del controllo diffuso (seguito dalla immediata disapplicazione di norme di legge frontalmente contrarie a Costituzione) a farsi carico di certi bisogni impellenti incisi da atti primari di normazione che calpestino i diritti fondamentali.

Troppo presto, poi, è oggi per poter stabilire se i diritti potranno trarre beneficio dal riconoscimento operato, sia pure con riferimento a casi con ogni probabilità eccezionali, della qualità di “potere dello Stato”, ai fini e per gli effetti di cui all’art. 134 cost., in capo al singolo parlamentare in occasione della sofferta approvazione nel dicembre scorso della legge di bilancio, impugnata – come si sa – da alcuni parlamentari. Malgrado, infatti, la dichiarazione d’inammissibilità del ricorso avutasi nella circostanza, non è da escludere che – sia pure in casi, come si diceva, con sommo rigore selezionati – si possa assistere ad impugnazioni dirette di norme di legge da parte delle minoranze parlamentari sotto forma di conflitti da menomazione. Altra questione, la cui trattazione rimanda tuttavia di necessità a luoghi diversi da questo, è quella relativa al fondamento del “filtro” immaginato dalla Consulta per i ricorsi dei singoli parlamentari, giustificati unicamente laddove la menomazione delle loro prerogative risulti essere grave e manifesta, con la conseguenza che la loro condizione risulta discriminata rispetto a quella di altri “poteri dello Stato”. D’altronde, il carattere grave e manifesto della violazione della Costituzione ricorre – come si sa – in più ambiti di esperienza, al fine di radicare la competenza della Corte a conoscerne (ad es., per ciò che attiene al sindacato sui decreti-legge in relazione alla sussistenza dei presupposti fattuali giustificativi della loro adozione), senza nondimeno che sia chiaro, ancora una volta, quale ne sia la teorica giustificazione.

<sup>49</sup> Il principio in parola è fatto oggetto, specie di recente, di studio da parte di una crescente dottrina (tra gli altri e variamente, v. A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. 222 ss., ma *passim*; N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in [Diritti Comparati](#), 3/2017, 15 dicembre 2017, § 3, e, dello stesso, *Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2018; F. DE VANNA, *I ‘controlimiti’ tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in [Federalismi.it](#), 23/2017, 20 dicembre 2017, spec. al § 3; G. SILVESTRI, *L’individuazione dei diritti della persona*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 29 ottobre 2018; R. ROMBOLI, [La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell’ordinamento costituzionale italiano](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/III](#), 24 dicembre 2018, 626 ss.; S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., spec. 60 ss.; infine, D. TRABUCCO, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l’ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali-astratti a garanzia della superiorità della Costituzione*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 31 dicembre 2018, spec. 10 ss. Sulla vocazione espansiva dei diritti, v., inoltre, G. D’AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in AA.VV., *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell’Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi, FrancoAngeli, Milano 2018, 97 ss., spec. 114 ss.; pure *ivi* si è, ancora di recente, dichiarato in senso critico circa la possibilità di far valere con profitto il canone del massimo *standard* R. BIN, *70 anni dopo. Attualità*

diceva – di corposi, ancorché non sempre immediatamente vistosi, rifacimenti, tanto per via d'interpretazione quanto a mezzo di addizioni e manipolazioni in genere di ordine testuale<sup>50</sup>.

Si pensi, ad es., alle vicende della interpretazione conforme (a Costituzione così come a diritto internazionale e a diritto eurounitario)<sup>51</sup>. Innumerevoli sono i percorsi che la stessa può intraprendere, le forme espressive, gli effetti. Ebbene, sembra che una spinta non da poco ad usi non adeguatamente vigilati della tecnica in parola sia venuta anche (seppur, evidentemente, non solo) dalla manovra di “riaccentramento” posta in essere dalla Consulta specie con la discussa (e discutibile) [sent. n. 269 del 2017](#), a sua volta mossa dall'intento di recuperare a beneficio del giudice costituzionale quella centralità di ruolo in ordine alla salvaguardia dei diritti costituzionali che è parsa appannata o, come che sia, messa a rischio dall'infittirsi del “dialogo” tra i giudici comuni e la Corte dell'Unione per effetto di un utilizzo viepiù intenso e fecondo dello strumento del rinvio pregiudiziale (uno strumento del quale peraltro – com'è noto – lo stesso giudice costituzionale aveva in passato ritenuto di non potersi avvalere<sup>52</sup>). Sta di fatto che, già all'indomani dell'adozione di questa importante pronuncia e, quindi, nell'anno trascorso dalla sua venuta alla luce, i giudici comuni (a partire dalla loro più

---

*e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto*, 170 ss., del quale v., ora, anche *Critica della teoria dei diritti*, cit., spec. 63 ss., ma *passim*).

<sup>50</sup> Se volessimo riproporre la “logica”, cui si è dietro fatto cenno, secondo cui il fine giustifica il mezzo, potremmo concludere nel senso che le manipolazioni poste in essere dagli interpreti (e, segnatamente, dai giudici) hanno non poche volte portato (e portano) ad esiti “migliorativi” dei testi di legge, con conseguente beneficio per i diritti. Si è tuttavia dietro veduto che l'alterazione dei ruoli istituzionali è, comunque, un fatto intollerabile, anche dal punto di vista dei diritti (e, più largamente, della Costituzione).

<sup>51</sup> Nutrita – come si sa – la letteratura che ne ha fatto oggetto di esame: tra gli altri, v., almeno, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006 e, della stessa, *La Costituzione “sottintesa”*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazione adeguatrice*, Giuffrè, Milano 2010, 3 ss., e [La \(parziale\) riconversione delle “questioni di interpretazione” in questioni di legittimità costituzionale](#), in questa [Rivista, Studi, 2016/II](#), 293 ss.; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Aracne, Roma 2011; G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, a cura di B. Caravita, Jovene, Napoli 2012, 3 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini - R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II, e, ora, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 99 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, cit., 37 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in [Questione Giustizia](#), 22 ottobre 2018, e con particolare riferimento all'ordinamento spagnolo, R.G. RODIO, *Il Tribunal Constitucional spagnolo ed i limiti all'interpretazione conforme a Costituzione*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2018, 13 novembre 2018. Con specifico riguardo alla CEDU, v., ora, P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2018; L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la “giustizia del caso singolo”*, relaz. alle XI Giornate di Diritto costituzionale su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, svoltesi a Messina il 10 e 11 settembre 2018, i cui Atti, a cura di R. Romboli e A. Ruggeri, sono in corso di stampa per i tipi della Giappichelli, spec. al § 4; R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 624 ss., e infine lo studio monografico di V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, in corso di stampa, cap. IV; quanto al diritto dell'Unione europea, v., almeno, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015; V. PICCONE, in più scritti, tra i quali, da ultimo, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di “sutura” post Corte costituzionale n. 269/2017*, in [Diritti Comparati](#), 16 marzo 2018, 298 ss.

<sup>52</sup> È poi tutto da vedere se, per il caso che dovesse diffondersi la inversione dell'ordine temporale in cui si dispongono la pregiudizialità “comunitaria” (*rectius*, eurounitaria) e quella costituzionale, dandosi la precedenza a quest'ultima, il giudice costituzionale farà largo uso dello strumento del rinvio alla Corte dell'Unione, *ex art.* 267 TFUE. Personalmente, ne dubito, temendo il giudice delle leggi di doversi quindi assoggettare a *responsa* in tutto o in parte sgraditi, per discostarsi dai quali non gli resterebbe altra risorsa difensiva che quella della messa in campo dei “controlimiti” (un'arma da usare comunque con somma cautela e in frangenti pur sempre di raro riscontro). Ad ogni buon conto, il tribunale costituzionale è... *uno*; i giudici comuni, invece, sono sparsi per l'intero territorio della Repubblica. È dunque evidente che, realizzandosi la inversione suddetta, si avrà un calo vistoso dei rinvii alla Corte dell'Unione, specificamente per ciò che attiene alle disposizioni relative ai diritti. Questo scenario non mi sembra, invero, foriero di benefici per questi ultimi.

accreditata espressione, la Corte di Cassazione) hanno mostrato di non gradirne il senso complessivo e il fine da esso avuto di mira. E così, per un verso, si è fatta richiesta<sup>53</sup> di un “chiarimento” per ciò che attiene al limite posto dalla decisione suddetta all’esercizio del rinvio pregiudiziale<sup>54</sup>; per un altro verso, poi, non si è avverata la condizione della denuncia della sostanziale coincidenza delle norme assunte a parametro, posta a giustificazione della proposizione della questione di legittimità costituzionale<sup>55</sup>. La qual cosa – come si è fatto in altri luoghi notare<sup>56</sup> – induce per vero a pensare che si sia fatto (e si faccia) un uso “forte” (o, diciamo pure, forzato) della tecnica della interpretazione conforme.

Dal suo canto, anche la Corte dell’Unione non è rimasta silente; e in alcune sue decisioni ha mostrato chiari segni d’insofferenza nei riguardi del nuovo corso inaugurato dalla decisione suddetta: da un lato, si è ribadito senza mezzi termini che nessun limite precostituito può porsi all’attivazione dello strumento del rinvio pregiudiziale, laddove ne sia giudicato opportuno o necessario l’utilizzo da parte del singolo operatore di giustizia; da un altro lato, si è parimenti riconfermato l’obbligo su tutti gli operatori gravante di disapplicare norme di legge incompatibili con norme dell’Unione *self executing*, pur laddove contenute nella Carta di Nizza-Strasburgo<sup>57</sup>.

I rapporti che si sono fin qui venuti ad intrecciare tra la Consulta e la Corte di giustizia richiederebbero, al fine di essere opportunamente rappresentati, uno studio di gran lunga più esteso ed approfondito di quello che è qui consentito; e lo stesso dovrebbe, ovviamente, dirsi anche per ciò che concerne i rapporti con la Corte di Strasburgo, come pure quelli che si hanno tra le Corti europee *inter se* e di tutte tali Corti con i giudici comuni<sup>58</sup>. La rete è, infatti, ormai assai larga e fitta allo stesso

---

<sup>53</sup> ... specie da Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, *Bolognesi c. Consob*. Altre pronunzie del giudice della legittimità in chiara dissonanza rispetto alle indicazioni date dalla sent. 269 possono vedersi in A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 31 dicembre 2018. *Adde*, ora, Cass., sez. lav., 10 gennaio 2019, *Canestri c. ICCREA Banca*, ric. 2553-2014, pp. 47-48, nella quale si manifesta apertamente dissenso nei riguardi del punto di diritto fissato da [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#). La decisione è finemente argomentata; muove, tuttavia, da un assunto, nel quale per vero si riconosce un nutrito schieramento di studiosi ma sul quale ho altrove mosso riserve, vale a dire che la [sent. 269](#), cit., avrebbe stabilito (sia pure con la forza meramente persuasiva che è propria degli *obiter dicta*) la necessaria precedenza della pregiudizialità costituzionale rispetto a quella eurounitaria. A mia opinione, di contro, giusta la premessa secondo cui il ricorso alla Consulta si giustifica unicamente in caso di violazione di norma della Carta dell’Unione sostanzialmente coincidente con norma della Costituzione, non vedo come possa precludersi al giudice dubbioso circa l’esatto significato della prima di chiedere dapprima lumi alla Corte di giustizia.

<sup>54</sup> Com’è noto, la Consulta si è dichiarata dell’avviso che il rinvio in parola possa aversi unicamente “per altri profili” rispetto a quelli dapprima rilevati nell’atto con cui è sollevata questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto norma di legge sospetta di violare a un tempo una norma della Costituzione ed una della Carta dei diritti dell’Unione con la prima sostanzialmente coincidente. Un inciso che ha fatto molto discutere e che seguita verosimilmente a farlo fintantoché la Consulta non fornirà il “chiarimento” che le è stato sollecitato.

<sup>55</sup> Si sono, sì, avuti sporadici casi di denuncia della violazione di norme della Carta di Nizza-Strasburgo, delle quali tuttavia non si è rilevata la sostanziale coincidenza con norme della Costituzione; ciò che fa pensare che le une norme non erano qualificate *self executing* (altrimenti avrebbero dovuto essere portate ad immediata applicazione) o, meglio, che le autorità remittenti non dubitavano né del loro significato né della loro natura (quali norme idonee, o no, ad essere portate ad applicazione diretta), sì da non rendersi necessario l’interpello della Corte dell’Unione al fine di avere indicazioni al riguardo.

<sup>56</sup> Rimando sul punto al mio [Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/III](#), 548 ss., spec. 562.

<sup>57</sup> V., part., Corte giust., Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global Starnet*, e Grande Sez., 24 ottobre 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*, e 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*.

<sup>58</sup> Con specifico riguardo ai rapporti tra la Corte EDU e i giudici nazionali, notazioni di vario segno possono ora vedersi in AA.VV., *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, cit.; *adde*, da ultimo, gli approfonditi studi di R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., 618 ss.; V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, cit.; C. MASIOTTA, *Costituzione e CEDU nell’evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, cit., e, con specifico riguardo alla materia penale, da ultimo, i contributi all’incontro di studi su *La crescente influenza della giurisprudenza della Corte EDU sull’ordinamento penale italiano*, Catania 18 gennaio 2019. Un confronto tra le esperienze di alcuni Paesi può infine vedersi in A. OSTI, *L’implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 4/2017, 851 ss.

tempo<sup>59</sup>, dal momento che non v'è campo di esperienza o diritto che non sia fatto oggetto di plurime e, non di rado, oscillanti o, diciamo pure, discordanti orientamenti manifestati persino da uno stesso giudice a breve distanza di tempo. D'altro canto, l'obiettivo del "dialogo" sta proprio in ciò: nell'intento di persuadersi a vicenda e – fin dove possibile – portare all'esito di correzioni della rotta dapprima intrapresa. Ne ha dato, ancora di recente, inequivoca testimonianza una vicenda molto discussa, *Taricco*, nel corso della quale si è assistito ad un cambiamento di posizione della Corte dell'Unione per effetto di una vigorosa sollecitazione in tal senso venuta dalla Corte costituzionale, seguito però da un ingiustificato irrigidimento di quest'ultima che, nella sua pronuncia di fine-partita, ha inteso nuovamente marcare la distanza dal giudice eurounitario che, invece, aveva prodotto un sensibile ed apprezzabile sforzo di ravvicinamento<sup>60</sup>.

Il vero è che, al tirar delle somme, ciascun giudice sembra ad oggi essere internamente combattuto: per un verso, è consapevole di doversi comunque confrontare – gli piaccia o no – con altri giudici, quale che ne sia la natura o il "livello" istituzionale al quale operano, e perciò di dover ricercare – fin dove possibile – convergenze, se non pure identità, di orientamenti; allo stesso tempo, però, e per un altro verso, risente fortemente della suggestione (o, diciamo pure, tentazione) che lo induce a farsi portatore di soluzioni comunque idonee ad evidenziarne e a rimarcarne la condizione di *primaauté* in seno alla trama istituzionale da tutti composta.

*7. Il sesto paradosso: l'ordine gerarchico artificiosamente stabilito dalla giurisprudenza costituzionale tra le Carte dei diritti, malgrado la loro comune qualità di documenti "tipicamente costituzionali", che però, a mo' di boomerang, si ritorce contro i diritti stessi, e la natura strutturalmente composita dei diritti, nazionali proprio perché anche sovranazionali e sovranazionali in quanto anche nazionali, il loro riconoscimento ponendosi quale testimonianza emblematica del carattere "intercostituzionale" della Costituzione e delle altre Carte, vale a dire quale punctum unionis dell'identità costituzionale dello Stato e dell'identità costituzionale dell'Unione*

---

<sup>59</sup> ... e più ancora promette di esserlo una volta entrato a regime anche per il nostro Paese il prot. 16 allegato alla CEDU, la qual cosa è peraltro opportunamente sollecitata da ultimo nel corso di un incontro svoltosi alla Consulta l'11 gennaio scorso tra i vertici della Corte EDU, della Corte costituzionale, della Cassazione (e relativa Procura generale), del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e del Consiglio superiore della magistratura (un raffronto tra tale protocollo e i protocolli d'intesa tra la Corte EDU e le alte Corti nazionali è, ora, in R.G. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte Corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in [Questione Giustizia](#), 30 gennaio 2019). Non si dimentichi, infatti, che una sostanziale coincidenza di norme che danno il riconoscimento dei diritti potrà aversi (ed è, anzi, auspicabile che si abbia, rendendo testimonianza della convergenza degli indirizzi giurisprudenziali che le riguardano), oltre che tra la Carta dell'Unione e la Costituzione, anche con la CEDU, alla cui luce gli enunciati della prima Carta richiedono – come si sa – di essere interpretati (fatto nondimeno salvo il canone della miglior tutela). Con la conseguenza che, prima o poi, dovrà finalmente chiarirsi quale sia l'ordine giusto in cui, per l'aspetto temporale, si inseriranno le richieste di parere alla Corte di Strasburgo rispetto alla pregiudizialità eurounitaria ed a quella costituzionale (sempre che, naturalmente, si versi su ambito materiale sul quale può farsi applicazione della Carta dell'Unione). D'altro canto, la Corte di giustizia, una volta interpellata, dovrà pur sempre tener conto – come si sa – della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

<sup>60</sup> Tra i molti che hanno fatto oggetto di esame della vicenda in parola, v., almeno, AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi - C. Cupelli, Jovene, Napoli 2017; AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Giuffrè, Milano 2017; i contributi al forum su *La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale*, in [Diritti Comparati](#), 1/2018, 4 ss.; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2018; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, cit., e, della stessa, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'"evoluzione" dei controlimiti attraverso il "dialogo" tra le Corti dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 2/2018, 20 giugno 2018; AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit.; B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quad. cost.*, 2/2018, 441 ss., e, da ultimo, i contributi all'incontro di studio su *Il "dialogo tra le corti" parla anche di processo penale. Implicazioni e ricadute della vicenda "Taricco" sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale*, a cura di S. Quattrocchio, Alessandria 15 novembre 2018, in corso di stampa in *Legisl. pen.*, e G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in [Federalismi.it](#), 24/2018, 19 dicembre 2018.

In questa oscillazione si specchia la complessiva vicenda delle Carte dei diritti e, di riflesso, dei diritti stessi. Nessuna di esse dispone del monopolio in ordine al loro riconoscimento, in particolare non ce l'ha più la Costituzione che, secondo tradizione, proprio in ciò aveva (ed ha) il suo tratto più genuinamente espressivo e qualificante: tutte le Carte sono infatti – come la stessa [sent. n. 269](#), dietro richiamata, ha ammesso, con specifico riguardo alla Carta dell'Unione ma con considerazione dotata di generale valenza – documenti “tipicamente costituzionali”.

Di qui, poi, una duplice conseguenza di cui, nondimeno, si fatica a prendere matura consapevolezza.

La prima (e più rilevante) è che le Carte – checché stancamente se ne dica in giurisprudenza<sup>61</sup> – si pongono tutte in condizioni di parità, nessuna graduatoria potendosi fare in astratto o *in vitro* tra di esse, a motivo della forma dell'atto che le recepisce in ambito interno ovvero della loro provenienza. La graduatoria – se così vogliamo seguitare a chiamarla – piuttosto le Carte stesse possono ambire a stabilirla *in vivo*, al piano dei loro rapporti in ragione dei casi, per il modo cioè con cui ciascuna di esse si dimostra essere attrezzata a dare appagamento ai diritti in gioco, anzi – come si diceva – a darvi l'ottimale appagamento, alla luce di quell'autentica *Grundnorm* che governa l'andamento della partita e che è data dal “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela. Una *primauté*, dunque, apprezzabile in primo luogo al *piano culturale*, ancora di più apprezzabile poi – come si è fatto in altri luoghi notare – laddove le Carte stesse riescano a fare “sistema”, reciprocamente integrandosi ed alimentandosi semanticamente nei fatti interpretativi, a fare insomma tutt'uno esprimendo norme sostanzialmente coincidenti e confacenti alle complessive esigenze del caso<sup>62</sup>. La forma più elevata (e – ciò che più conta – maggiormente idonea ad offrire un buon servizio ai diritti) dell'attitudine di ciascuna Carta a giocare un ruolo “sussidiario” nei riguardi delle altre viene, infatti, ad affermarsi non già laddove l'operatore si trovi obbligato a scegliere, in nome del “metaprinzipio” suddetto, una Carta al posto dell'altra o delle altre bensì quando dimostri di farne un uso congiunto e reciprocamente integrato, tutte esprimendo la medesima norma, sia pure raggiunta all'esito di un lungo e non di rado sofferto processo interpretativo alimentato dal mutuo e fecondo “dialogo” tra gli attori istituzionali.

È in questo scenario che si coglie ed apprezza la seconda conseguenza, a stare alla quale i diritti non hanno ormai più una sola natura o dimensione, nazionale o sovranazionale che sia, bensì una duplice o – se si preferisce altrimenti dire – esibiscono una natura internamente composita ed articolata. Come Giano bifronte, essi hanno una proiezione introversa ed una estroversa: esprimono, a un tempo, l'essenza della identità costituzionale dell'ordinamento cui appartengono le norme che fanno ad essi riferimento e quella degli ordinamenti coi quali il primo intrattiene una relazione stabile, in essi progressivamente integrandosi. Non vi sono, insomma, ormai più diritti solo nazionali o diritti solo sovranazionali ma diritti a un tempo (e di necessità) *nazionali e sovranazionali* o, per dir meglio, che hanno l'una qualità *proprio perché* hanno anche la seconda.

Se ne ha sicura riprova proprio dalla pur parziale integrazione degli ordinamenti in corso e, dunque, dal rimando che le Carte si fanno a vicenda, attingendo l'una dalle altre materiali e suggestioni che concorrono in significativa misura al rifacimento stesso della struttura della Carta in cui essi s'immettono. Basti solo pensare, per un verso, al rilievo posseduto, pur dopo il varo della Carta di Nizza-Strasburgo, dalle tradizioni costituzionali comuni, frutto sì di originale rielaborazione e creativa selezione da parte della Corte dell'Unione ma pur sempre operata su materiali estratti dagli ordinamenti nazionali, che hanno fatto – come si sa – la storia del costituzionalismo e che

---

<sup>61</sup> La subordinazione delle Carte dei diritti rispetto alla Costituzione è infatti predicata dalla Consulta ora limitatamente ai principi fondamentali (quanto alla Carta di Nizza-Strasburgo) e ora con riferimento ad ogni norma della Costituzione (quanto alla CEDU e – viene da pensare – ad ogni altra Carta). Che, poi, come si è fatto notare in altri luoghi, *ogni* Carta (e proprio perché tale) naturalmente si confronti esclusivamente con enunciati della Costituzione espressivi dei principi suddetti o, come che sia, da questi “coperti” è questione di cui il giudice costituzionale sembra non volersi fare carico. Ad ogni buon conto, per le ragioni subito di seguito riassunte nel testo, è fuor di luogo immaginare di disporre a scala *documenti tutti, egualmente e tipicamente costituzionali*.

<sup>62</sup> È questa, d'altronde, la direttiva di metodo offerta da una ispirata pronuncia del giudice costituzionale, l'[ord. n. 388 del 1999](#), alla quale tuttavia non sembra che lo stesso giudice abbia dato l'atteso e lineare svolgimento nei vent'anni trascorsi dalla sua venuta alla luce.



incessantemente la riscrivono dietro sollecitazioni di varia natura ed intensità venute dal contesto<sup>63</sup>. Per un altro verso, poi, va tenuto conto, ancorché sin qui invero non si sia fatto in modo adeguato, della indicazione di cui all'art. 4.2 TUE, col richiamo operato ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali, ai quali l'Unione s'impegna solennemente a prestare ossequio, in tal modo sussunti a contenuto qualificante di uno dei principi di base dell'Unione stessa. L'identità costituzionale degli Stati, quale risultante in prospettiva assiologicamente orientata dai principi suddetti, entra così per la sua parte a comporre l'identità costituzionale dell'Unione, e viceversa; e i diritti si pongono quale *punctum unionis* delle due identità, autentica cerniera ed emblema di una integrazione ormai avanzata, ancorché ad oggi non compiutamente matura. I riferimenti ai valori comuni ad Unione e Stati, fatto nell'art. 2 TUE, ne dà d'altronde la più eloquente testimonianza: valori che, com'è chiaro, non si pongono l'uno quale fotocopia dell'altro, nelle affermazioni che ne danno le Carte costituzionali e, più ancora, nelle loro traduzioni nell'esperienza, e tuttavia sono pur sempre chiamati a darsi costante sostegno, a reciprocamente intrecciarsi, esattamente come lo sono gli alberi di diversa specie che hanno radici diffuse sul medesimo terreno.

I casi nei quali questo o quel giudice ha tentato di separare a forza ciò che, di contro, è già unito, anche se non a pieno, possono dunque essere ricordati quali espressivi di goffi, ingenui e complessivamente infecondi tentativi di far girare all'indietro le lancette della storia; il presente, però, malgrado il rigurgito di nazionalismo imperante, è segnato da una progressiva e necessitata integrazione degli ordinamenti, alla quale dovrebbe piuttosto sempre accompagnarsi lo sforzo congiunto e poderoso posto in essere da tutti gli operatori al fine di assecondare siffatta tendenza alla integrazione, non già di ostacolarla.

Questa vicenda ha la sua emblematica rappresentazione al piano della teoria della Costituzione. Come si è altrove osservato, i diritti hanno natura internamente composita per la elementare ragione che composita è la struttura stessa della Costituzione e di ogni documento "materialmente costituzionale", ciascuno di essi facendo rimando agli altri e disponendosi dunque a farsi da essi rigenerare semanticamente senza sosta all'insegna del canone fondamentale della ricerca della miglior tutela. È questo il senso complessivo del loro essere tutti documenti "intercostituzionali"<sup>64</sup>, avendo tra i propri principi fondanti appunto quello della mutua accoglienza, nondimeno condizionata nelle sue concrete movenze dal canone suddetto.

8. *Il rischio che il nazionalismo politico innaturalmente si converta in un antistorico e abnorme nazionalismo costituzionale e il modo più efficace per fugarlo da parte delle Corti, a condizione che tutte si riconoscano nella regola fondamentale che ne governa le relazioni costituita dalla parità*

---

<sup>63</sup> Il perdurante rilievo delle tradizioni in parola è variamente rimarcato dalla più sensibile dottrina [tra gli altri, O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.; v., inoltre, utilmente, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, *Oss. eur.*, dicembre 2017; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, 1073 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017. Infine, G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra revirements e questioni irrisolte*, in questa *Rivista*, *Studi*, 2018/II, 347 ss., e G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, 11/2018, 23 maggio 2018].

<sup>64</sup> Ho iniziato a discorrerne nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss., svolgendo quindi questa indicazione teorica in altri luoghi.

*delle Carte dei diritti e, di conseguenza, delle stesse Corti che ne sono istituzionalmente garanti, nonché per fugarlo da parte della comunità tutta, ispirandosi ad una cultura dei diritti sorretta e alimentata dalla cultura dei doveri*

Osservando talune recenti vicende giurisprudenziali, nel corso delle quali si è assistito alla rivendica orgogliosa da parte di questa o quella Corte del titolo di esclusivo garante di una malintesa identità costituzionale<sup>65</sup>, mi è venuto di pensare che anche il nazionalismo costituzionale s'inscrive nella generale tendenza ad una sterile ed autoreferenziale chiusura, riproponendosi schemi teorici ispirati ad un modello ormai storicamente superato, che però prepotentemente vorrebbe tornare ad affermarsi. D'altronde, secondo l'aureo insegnamento vichiano, la storia – come si sa – ciclicamente si ripete; e l'esperienza ce ne offre purtroppo tristi conferme.

Il *nazionalismo politico*, insomma, rischia di riprodursi anche al piano delle garanzie, convertendosi in un insano e improduttivo *nazionalismo costituzionale*. Qualora i prossimi sviluppi delle relazioni tra le Corti dovessero avallare questa tendenza, sarebbe a mia opinione la fine per i diritti e per la Costituzione. Di contro, la via da battere in modo risoluto e senza ripensamenti è esattamente quella opposta, dell'abbattimento degli steccati, non già quella dell'innalzamento di nuovi e invalicabili muri divisorii.

Al piano delle relazioni tra le Corti, quest'obiettivo può essere centrato unicamente ad una duplice condizione: per un verso, che si condivida da parte di tutte le Corti la regola fondamentale del gioco, che tra le stesse s'intrattiene e ormai pressoché quotidianamente si rinnova, della parità di tutte le Carte (e, di conseguenza, delle Corti stesse), senza alcun ordine gerarchico preconstituito e di formale fattura, senza cioè che la costruzione comune si concluda con un vertice in cui, in sovrana solitudine, trovi posto una sola Carta e una sola Corte, la qual cosa sarebbe la negazione *per tabulas* della comune natura “tipicamente costituzionale” di ciascuna Carta, portando allo stesso tempo all'esito fatale di fare della Corte che ne è istituzionalmente garante – come si diceva – un potere costituente permanente. Per un altro verso, poi, occorre prendere finalmente consapevolezza del fatto che tutte le Carte, *proprio perché costituzionali*, sono strutturalmente *lacunose e parziali*, non già *totali*<sup>66</sup>, richiedendo pertanto di integrarsi a vicenda nei fatti interpretativi; di conseguenza, anche le Corti hanno bisogno di darsi mutuo sussidio, all'insegna del “metaprinzipio”, al quale si è qui più volte fatto richiamo, della ricerca del massimo *standard* di tutela.

Non possiamo tuttavia puntare solo sulle Corti, pur nella consapevolezza della assoluta rilevanza del ruolo dalle stesse giocato a presidio dei diritti. Nessun operatore, quali che ne siano la natura e le funzioni svolte, può con le sole forze di cui dispone assicurare un adeguato ristoro ai diritti, specie nella presente congiuntura gravata – come si è sopra rammentato – da pesanti ipoteche che condizionano la realizzazione dei diritti stessi in una misura complessivamente appagante. Occorre, dunque, come si è venuti dicendo, produrre uno sforzo collettivo e convergente nello scopo, posto in essere da tutti gli operatori, legislatori o giudici che siano<sup>67</sup>.

Il nodo – come si accennava poc'anzi, a riguardo della crisi della rappresentanza politica e delle radici da cui incessantemente si alimenta – è nel profondo del corpo sociale; ed è, dunque, solo dal rifacimento del tessuto connettivo dello stesso che, a conti fatti, dipende il raggiungimento di risultati apprezzabili in ordine al godimento dei diritti.

Qui, viene subito in evidenza il rilievo della formazione di quelle consuetudini culturali, cui si faceva dietro parola, dalle quali dipende il riconoscimento di nuovi diritti e – ciò che più importa – la effettività della loro tutela. La *cultura dei diritti* però – qui è il punto – rischia di essere meramente,

---

<sup>65</sup> Emblematico espressivo di quest'*animus* l'atteggiamento tenuto, in occasione della vicenda *Taricco*, dietro richiamata, dal nostro giudice costituzionale, specie nella sua pronunzia di fine partita, la [sent. n. 115 del 2018](#), secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio [Taricco, amaro finale di partita](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/III](#), 488 ss.

<sup>66</sup> Su siffatto loro carattere ho più volte discusso, part. in *Lacune costituzionali*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 18 aprile 2016, e, nella stessa *Rivista*, *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, 4/2017, 12 dicembre 2017.

<sup>67</sup> Non si trascuri, peraltro, l'apporto che, in varie forme e con pari varietà di effetti, può venire dai pubblici amministratori e dagli stessi privati, specie dalle formazioni sociali spontanee che si costituiscano a fine di solidarietà, del quale nondimeno ora non può dirsi ma il cui rilievo non può ugualmente essere fatto passare sotto silenzio.

astrattamente declamata da pochi spiriti eletti, senza tradursi in convincimento diffuso e – ciò che più importa – operativo, costruttivo, laddove non si affermi e radichi una *cultura dei doveri*.

Se ne discute – come si sa – da tempo e sotto molti aspetti; è singolare, tuttavia, che non vi sia chi non reclaims sollecita salvaguardia per questo o quel diritto senza però dichiararsi allo stesso tempo pronto all’adempimento di quei doveri inderogabili di solidarietà ai quali è fatto richiamo – di certo, non casuale – nello stesso principio fondamentale che fa riferimento di ordine generale ai diritti<sup>68</sup>.

Più volte mi sono dichiarato dell’idea, della cui bontà mi faccio sempre più persuaso, che due siano i mali maggiormente diffusi e radicati nella società e che stanno poi a base di quella crisi dei rappresentati, ancora prima che dei rappresentanti, alla quale si faceva dianzi cenno, e che sono dati dalla corruzione diffusa e dalla iniqua distribuzione della ricchezza. Basterebbe anche solo un parziale contenimento di questi mali che vanno sempre più diffondendosi come un cancro inarrestabile nel corpo sociale perché ciascun individuo possa finalmente godere – come vuole la Carta – di un’esistenza “libera e dignitosa”. I giudici possono fare complessivamente poco al fine di debellare questi mali, pur non avendo fatto (e non facendo) venire meno il loro fattivo concorso a questa battaglia. Spetta, però, come si è venuti dicendo, in primo luogo ai decisori politici (e, dunque, al legislatore) segnare una svolta al fine di far volgere l’esperienza verso il modello costituzionale.

Di qui, la domanda finale, cruciale, spinosa: ci sono le condizioni perché il prossimo futuro possa essere maggiormente clemente del tempo presente?

Non nascondo al riguardo le mie preoccupazioni e talora, davanti a certe pratiche di mal governo, il vero e proprio scoramento, specie davanti al diffondersi, da noi come altrove (ma non è di certo, questo, un motivo di consolazione, tutt’altro...), di un nazionalismo esasperato misto ad un populismo becero e dissennato<sup>69</sup>: un’autentica miscela esplosiva, che rischia di far riavvolgere la storia su se

---

<sup>68</sup> La dottrina più avvertita, nondimeno, non ha mancato da tempo di sottolineare il rilievo della cultura della solidarietà, in ciascuna delle sue forme espressive e ad ogni ambito materiale o istituzionale di esperienza (riferimenti in F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, e, dello stesso, *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Giappichelli, Torino 2007, 3 ss.; A. COSTANZO, *Declinazioni normative della solidarietà*, in AA.VV., *Struttura e senso dei diritti. L’Europa tra identità e giustizia politica*, a cura di F. Sciacca, B. Mondadori, Milano 2008, 169 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, cit., 305 ss., e dello stesso, ora, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in questa *Rivista, Studi*, 2018/III, 533 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2016, 20 aprile 2016, 1 ss.; P. CHIARELLA, *Società a solidarietà limitata. Lo Stato sociale in Europa*, in *Pol. dir.*, 4/2017, 689 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino 2017; A. SCHILLACI, *Governo dell’economia e gestione dei conflitti nell’Unione europea: appunti sul principio di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, 17 marzo 2017, 27 ss.; S. GIUBBONI, *La solidarietà come “scudo”. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 3/2018, 591 ss.; G. BASCHERINI, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 245 ss.; infine, S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 271 ss.). Mi piace, infine, ricordare che un fermo ed opportuno – specie nella presente congiuntura politica... – richiamo all’adempimento dei doveri di solidarietà è venuto dal Presidente S. Mattarella, in occasione del suo messaggio di fine anno, sottolineato e corredato di acute notazioni da A. MORELLI, *Il discorso del Presidente Mattarella: la solidarietà non è “buonismo”*, e S. PRISCO, *Il discorso del Presidente Mattarella: “L’Italia che ricuce” ai tempi della disunità nazionale*, entrambi in *laCostituzione.info*, 3 gennaio 2019.

<sup>69</sup> Nella ormai incontenibile letteratura di varia provenienza che ne ha fatto, specie di recente, oggetto di studio, v., almeno, i contributi che sono nel fasc. 3/2015 di *Dir. pubbl. comp. eur.*, nonché J.-W. MÜLLER, *Cos’è il populismo?* (2016), trad. it., Università Bocconi Editore, Milano 2017; A. SPADARO, in più scritti, tra i quali di recente *Sui rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 26 gennaio 2017, spec. 19 ss.; *Dalla crisi istituzionale al Governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al “populismo sovranista”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1 giugno 2018, e, ora, *L’evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, Relazione al Seminario di *Quad. cost.* su *La forma di governo italiana nel settantennio della Costituzione*, Bologna 17 settembre 2018, in corso di stampa; G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza e populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 29 luglio 2017; D. PALANO, *Populismo*, Editrice Bibliografica, Milano 2017; M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino 2017; G. GRASSO, *Le “mouvement 5 étoiles” et les défis de la démocratie représentative: à la recherche d’une notion constitutionnelle de populisme?*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 205 ss. e, dello stesso, *La “cifra democratica” del Movimento 5 Stelle*

stessa, di resuscitare gli spaventosi fantasmi di un passato in cui alcuni uomini si sono tramutati in belve feroci ed assassine.

Poi, però, penso che la società possiede pur sempre degli anticorpi in grado di difenderla, che dispone cioè di risorse nascoste che, messe in mano ad uomini coraggiosi ed animati da spirito di servizio, possono essere sfruttate come si conviene a beneficio dell'uomo, di *ciascun* uomo, quale che ne sia il colore della pelle, le opinioni politiche e quanto di bene o di male abbia fatto e fa, senza che perciò si giustificino trattamenti lesivi della sua dignità.

Insomma e per chiudere, la ragione mi fa temere il peggio; il cuore, invece, mi spinge a seguire a sperare che forse tutto non è ancora andato davvero perduto.

---

alla prova dell'art. 49 della Costituzione, in *Quad. cost.*, 3/2017, 616 ss.; A. MORELLI, *La democrazia come sistema aperto: il caso italiano*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 82 ss., e, dello stesso, ora, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, cit., spec. il cap. I, nonché la relazione illustrata all'incontro di studio su *Crisi della rappresentanza e metamorfosi della funzione giurisdizionale*, Catania 8-9 novembre 2018, dal titolo *Dal populismo ai populismi e ritorno. Appunti per una mappatura delle concezioni illiberali della rappresentanza e della funzione giurisdizionale*, in *paper*; i contributi alla prima sessione, dedicata a *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, del Convegno AIC su *Democrazia, oggi*, Modena 10-11 novembre 2017, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e, part., *ivi*, la relazione di M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, 3 ss., già apparsa in *Rivista AIC*, 3/2018, 11 luglio 2018; nel vol. coll. ora cit., v., pure V. PAZÉ, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, 605 ss., e A. PERTICI, *La Costituzione italiana alla prova del populismo*, 621 ss. E inoltre I. DIAMANTI - M. LAZAR, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Laterza, Roma-Bari 2018; V. BALDINI, *Populismo versus democrazia costituzionale. In "dialogo" con Andreas Voßkuhle...*, in *Diritifondamentali.it*, 2/2018, 23 luglio 2018; E. SCODITTI, *Populismo e diritto. Un'introduzione*, in *Questione Giustizia*, 10 settembre 2018; l'IMF Working Paper su *Populism and Civil Society*, curato da T. BOERI - P. MISHRA - C. PAPAGEORGIOU - A. SPILIMBERGO, in *Astrid*, e, pure *ivi*, con specifico riguardo alla Germania, lo studio curato per conto della Bertelsmann Stiftung da R. VEHRKAMPF - W. MERKEL, *Populismusbarometer 2018. Populistische Einstellungen bei Wählern und Nichtwählern in Deutschland 2018*.

**Marcello di Francesco Torregrossa**  
**La competenza statale nel processo di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni**

SOMMARIO: 1. Il ciclo economico digitale. - 2. Le pubbliche amministrazioni e l'uso delle tecnologie. - 3. La digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni e il coordinamento statale. - 4. L'attuazione dell'Agenda digitale italiana.

*1. Il ciclo economico digitale*

Lo sviluppo delle nuove tecnologie informatiche e telematiche ha caratterizzato l'avvio di un ciclo economico, denominato *new economy*, che ha cambiato radicalmente i classici paradigmi della politica economica, e delle sue principali componenti, con riferimento al modo di gestire le imprese e di esercitare le diverse attività relative al governo dello Stato<sup>1</sup>. L'utilizzo capillare degli strumenti telematici, oltre alla eliminazione delle barriere geografiche, ha determinato il superamento del c.d. teorema di Coase<sup>2</sup>, ossia la drastica semplificazione della vasta rete di contratti, espliciti ed impliciti, che l'impresa ha necessità di concludere per generare economie di scala. E ciò in quanto la *new economy*, sfruttando la diffusione delle nuove tecnologie e delle attività basate su di esse, può svilupparsi anche con il solo investimento di una modesta e flessibile massa di risorse umane e finanziarie<sup>3</sup>.

L'analisi delle componenti naturali dell'economia basata sulle tecnologie ICT, comunque, ha richiesto un necessario studio del contesto generale, il quale è coinciso con la crisi della politica economica intesa come possibilità di guidare l'economia mediante la mano pubblica. Tale crisi è caratterizzata, infatti, dalla globalizzazione e dall'integrazione economica internazionale, i cui effetti tendono a spiegare la straordinaria diffusione della *new economy* nei sistemi economici e nell'attuazione delle politiche pubbliche<sup>4</sup>.

Come è noto, l'integrazione economica internazionale, in particolar modo quella monetaria, contiene vincoli espliciti ed impliciti alle sovranità nazionali e alle politiche di bilancio<sup>5</sup>, al punto da

---

<sup>1</sup> Cfr. N. ACOCELLA, *Fondamenti di politica economica*, 1994; C. DE VINCENTI, *Introduzione alla macro-economia*, Roma, 1997. In via principale, esso si concretizza per l'impiego diffuso e radicale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, capaci di incentivare una connessione in rete di tutti gli operatori, con la conseguenza che, accanto alla produzione di beni e servizi, il flusso delle informazioni diviene un bene di scambio, seppur immateriale, idoneo a determinare vantaggi comparati.

<sup>2</sup> Cfr. R. COASE, *Problem of Social Cost*, in *The Journal of Law and Economics* n. 3, 1960, secondo cui "il carattere distintivo dell'impresa è il superamento del meccanismo dei prezzi". Infatti, l'impresa diviene essenziale all'economia di mercato in quanto i contratti, alla base dell'organizzazione, riducono i costi di transazione.

<sup>3</sup> V. D. QUAH, *Technology Dissemination and Economic Growth: Some Lessons for the New Economy*, Londra, Center for Economic Policy Research Discussion Paper n. 3207, 2002. Sotto questo profilo, atteso che il grande sviluppo economico del Novecento è stato trainato dalle produzioni dell'industria manifatturiera, il processo produttivo di quest'ultima generava grandi volumi di prodotti materiali, realizzati con procedure rigide e con la massima standardizzazione, costruendo così la propria competitività all'interno della sola fabbrica, anche con l'aiuto dell'innovazione tecnologica, dell'efficienza organizzativa e con il contenimento dei costi (soprattutto del lavoro).

Nella net economy, invece, la competitività nasce negli uffici, nei servizi, nei luoghi dove si pensano e si sviluppano le tecnologie avanzate, aumentando, da un lato, la propria competitività in relazione alla capacità di conoscenza e di comunicazione e, dall'altro, riconoscendo un ruolo strategico al capitale umano, la cui valutazione non avviene più sulla base del basso costo, ma in rapporto alla quantità di intelligenza e di conoscenza che contiene.

<sup>4</sup> Cfr. E. QUINNET – B. WALLISSER, *A quoi sert la science économique*, in *revue d'économie politique*, n. 5, 1999; R. BOYER, *Etat, marché et développement: une nouvelle synthèse pour le XIXème siècle*, *Document de Travail du Cepremap* (Centre d'études d'économie économique appliquée à la planification), Parigi, 1999; J.M. Party, *Quelles fonctions pour les revues économiques aujourd'hui?*, in *Revue Economique*, vol. 52, n. 5, 2001.

<sup>5</sup> V. P. SAVONA, *Alla ricerca della sovranità monetaria*, Milano, 2000.

essere simbolicamente raffigurata come una “camicia di forza tutta d’oro”<sup>6</sup>, in quanto, al fine di ricevere i benefici generati dalla stessa integrazione, si determina un restringimento della capacità di incidere delle scelte effettuate nell’ambito delle politiche nazionali, sicché queste ultime, ove riguardanti il campo dell’economia, dovranno svolgersi entro determinati parametri e secondo un sistema di competizione virtuoso e concorrenziale.

Tali vincoli, quindi, non determinano unicamente la cessione di una parte della sovranità nazionale, bensì riducono in sostanza la potenziale attitudine dei singoli Stati di condizionare il mercato globale attraverso gli ordinari strumenti di indirizzo delle politiche economiche<sup>7</sup>.

Pertanto, l’integrazione internazionale ha comportato, in primo luogo, un’evidente espansione della dimensione geografica del mercato e, contestualmente, ha acuito la complessità delle regole di quest’ultimo, in virtù della presenza di nuovi vincoli, espressi ed impliciti, convenzionali e di prassi, che hanno reso totalmente inefficace l’applicazione dei passati paradigmi della politica economica.

Sotto questo profilo, infatti, l’aumento delle regole determinatosi nel mercato ha creato, per un verso, nuove restrizioni per i singoli soggetti privati ma, per altro verso, l’avvento di Internet e la sua rapida diffusione ha consentito al consumatore di costituire una relazione diretta con il produttore, rimodulando, oltretutto, il rapporto di forza tra offerta e domanda, dal momento che nella *new economy* chi compra può realmente condizionare i comportamenti, le strategie e le politiche di chi produce. La Rete e la globalizzazione dei mercati hanno messo a disposizione del compratore una quantità di opzioni prima inimmaginabili, essendosi passati così dall’economia delle scelte limitate e dell’offerta scarsa all’economia dell’abbondanza di opzioni per il consumatore.

In questo quadro, quindi, si inseriscono i principi della *new economy*, che si basano sulla tecnologia dell’informazione e della comunicazione, su rapporti di rete all’interno dei processi di produzione e distribuzione e sull’importanza dei flussi informativi e dello stock di conoscenze a livello micro e macro-economico, determinando così, da un lato, l’esaurimento di alcune importanti economie di scala nei processi di produzioni manifatturiere e, su altro versante, la riduzione dei costi di transazione, la contrazioni dei tempi produttivi e l’abbattimento delle distanze geografiche<sup>8</sup>.

Con riferimento al profilo delle produzioni di beni reali, la *new economy* non si limita a mettere in crisi un singolo settore del mercato internazionale, bensì incide direttamente sul concetto stesso di impresa, ed in particolare sull’economia del lavoro e delle relazioni industriali.

L’attuale ciclo economico, ponendo al centro del sistema produttivo l’informazione e la conoscenza, rielabora nelle sue fondamenta il concetto di “capitale sociale”, inteso ormai come fattore

---

<sup>6</sup> Cfr. Th.L. FRIEDMAN, *The Lexus and the Olive Tree: understanding globalization*, New York, 1999; G. DE FILIPPI – G.PENNISI, *La flessibilità ai tempi dell’euro*, in *IdeAzione*, 2000. La figura della camicia tutta d’oro rappresenta un’immagine che riesce a sintetizzare compiutamente la portata e la funzione dei vincoli espliciti, se previsti contrattualmente, ed impliciti, derivanti dalla ricerca di una concorrenza virtuosa tra politiche economiche, che i paesi possono scegliere se indossare, o meno, attraverso l’adesione volontaria alle regole dell’integrazione economica.

<sup>7</sup> V. F. GALGANO, S. CASSESE, G. TREMONTI, T. TREU, *Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazioni*, Bologna, 1993. L’integrazione sovranazionale, nata nel dopoguerra con la costituzione di organizzazioni finanziarie internazionali dirette al governo della ricostruzione e dello sviluppo dell’economia mondiale, ha finito per riconoscere una forte centralità agli organismi, di natura privata, specializzati nella prevenzione *ex ante* di crisi finanziarie, la cui funzione, stabilita sulla base di intese privatistiche (e non attraverso accordi inter-governativi o norme giuridiche formali), si concretizzava nell’emanazione di criteri standard. A titolo esemplificativo, si pensi all’Organizzazione Internazionale delle Commissioni dei Valori Mobiliari e l’Organizzazione Internazionale per la Vigilanza delle Assicurazioni.

La rilevante presenza di tali organismi privati sul mercato ha comportato che i parametri da questi elaborati, ritenuti comunque validi da tutti gli operatori del mercato, fossero utilizzati come corpo di base della *lex mercatoria* internazionale, tenuto comunque conto che gli standard previsti non erano, in concreto, dei meri indicatori, ma influivano direttamente sulla gestione economica, sulle regole di contabilità e di revisione societaria, nonché sulla vigilanza bancaria, sul funzionamento dei mercati azionari e incidevano, indirettamente, sulle politiche pubbliche industriali e sociali del singolo Stato.

<sup>8</sup> Cfr. C. SHAPIRO – H.R. VARIAN, *Information rules: a strategic guide to the network economy*, Boston, Harvard Business School Press, 1999.

produttivo dello sviluppo economico e delle politiche economiche, il quale coincide con il complesso sistema di regole e reti che facilitano l'azione di gruppo<sup>9</sup>.

In tal modo, le informazioni divengono, in primo luogo, uno strumento strategico di modulazione delle azioni da parte degli individui e delle imprese, in quanto capaci di indirizzare i comportamenti di questi con la diffusione delle notizie tramite le nuove tecnologie, le quali, per loro natura intrinseca, risultano potenzialmente idonee ad alimentare qualsiasi notizia, al punto da determinare reazioni eccessive degli operatori economici e da evidenziare la vulnerabilità dei mercati, specialmente quelli finanziari.

L'effettiva capacità delle comunità virtuali nella propagazione delle informazioni, seppur potenzialmente distorsiva, è posta in stretta relazione con lo sviluppo della *new economy* e del capitale sociale, nel senso che, considerati gli alti tassi di alfabetizzazione e i bassi costi di stampa, conseguenti alla diffusione delle nuove tecnologie radio-televisive e di Internet, la corretta ponderazione delle informazioni ricevute incide sui soggetti istituzionali investitori, sui consumatori e sui produttori, avendo così un diretto impatto sullo sviluppo del medesimo mercato attraverso la riduzione delle asimmetrie informative e l'eliminazione delle difficoltà di accesso.

In definitiva, in virtù dei concetti di progresso e di sviluppo insiti nel fenomeno della *new economy*, le crescenti e generali aspettative sullo sviluppo di quest'ultimo hanno determinato, dal punto di vista finanziario, continui aumenti del valore dei titoli emessi dalle aziende del comparto, a prescindere da qualsiasi effettiva relazione con le informazioni espresse dai tradizionali indicatori di redditività, quali gli utili prodotti, il reale indebitamento, i beni materiali, la disponibilità liquida e le previsioni di crescita.

In tale quadro, a marzo del 2000, lo scoppio di una bolla speculativa, causato dalla pubblicazione dei bilanci di diverse aziende telematiche che hanno dato evidenza di risultati deludenti, ha

---

<sup>9</sup> V. G. PENNISI, *L'insostenibile leggerezza del mercato del lavoro*, in *Rassegna Economica*, n. 1, gennaio-marzo 1996; V. G. DE FILIPPI – G. PENNISI, *La new economy sbarca in Europa*, in *IdeAzione*, 2000. I sistemi economici sorti tra la fine del XX e l'inizio del XIX secolo si caratterizzavano per la differenziazione tra datore di lavoro e lavoratori, nonché per lo sviluppo del sindacato e delle organizzazioni imprenditoriali. Del resto, se la *new economy* determina l'atomizzazione della singola unità produttiva, la contrapposizione tra parti sociali e la definizione di categorie generali (impresa – lavoratore – datore di lavoro) perdono qualsiasi rilevanza pratica, riverberandosi, in negativo, sulla politica della concertazione dei prezzi e dei redditi, così come conosciuta nei sistemi tayloristi-fordisti, e sulle politiche pubbliche inerenti ai costi di transazione nell'interazione tra agenti economici. Tuttavia, già all'inizio degli anni Sessanta del secolo scorso, si riteneva che i fattori di produzione in senso stretto (il capitale e il lavoro) non fossero sufficienti per comprendere totalmente le fonti della crescita economica, in quanto era necessario prendere in considerazione anche altri fattori residui non compresi secondo i metodi di contabilità economica di quel periodo. Tali fattori residui, di norma, coincidevano con i differenziali di produttività inerenti agli investimenti nel campo dell'istruzione, formazione, ricerca e sviluppo, in relazione alle esternalità tecnologiche. In tal senso, cfr. V. E. DENISON, *Sources of economic growth in the United States and the alternatives before us*, New York, Committee for Economic Development, 1962.

Sulle basi dello studio di questi fattori, si pone l'analisi dei nuovi strumenti ICT sul capitale sociale, inteso come "dimensione istituzionale delle transazioni, dei mercati e dei contratti tramite la quale si stabiliscono relazioni stabili, nonché basate sulla fiducia reciproca, e si condividono informazioni tra soggetti economici (individui, imprese, Pubblica Amministrazione) tali da potenziare l'efficacia e l'efficienza del modo di conseguire interessi collettivi ed individuali". Cfr. L. ROBINSON – S.D. HANSON, *Social capital and economic cooperation*, in *Journal of Agricultural Development and Applied Economics*, vol. 21, n. 1, 1995; T. CAROLL, *Social capital, local capacity building and poverty reduction*, Manila, *Social development papers* n. 3, Asian Development Bank, 2001; L. ROBINSON, A. SCHMIDT, M. SILES, *Is Social Capital Really Capital?*, in *Review of Social Economy*, n. 1, 2002.

Il suo carattere peculiare, infatti, risiede nel fatto che, a differenza del capitale fisico e finanziario, il capitale sociale non diminuisce con il suo utilizzo, ma al contrario accresce in stretta relazione con il suo sviluppo, tenuto conto che le relazioni, oggetto del processo economico in esame, crescono esponenzialmente con l'utilizzo delle tecnologie telematiche nelle interazioni tra individui ed imprese nell'ambito della stessa rete, dimostrando, ancor di più, la centralità della comunicazione, dell'informazione e della conoscenza tra gli elementi fondanti della *net economy* stessa. Sul punto, si rimanda a A. SEN, *Social exclusion: concept, application and scrutiny*, Manila, *Social development papers* n. 1, Asian Development Bank, 2000.

comportato la chiusura di molte compagnie del settore, arrestando l'elaborazione delle teorie economiche della *new economy*<sup>10</sup>.

Tuttavia, al di là della crisi susseguente allo scoppio di tale bolla finanziaria, la *new economy*, nata come fenomeno economico, rappresenta ormai un processo di cambiamento irreversibile, divenendo così un fenomeno sociale, dal momento che ha inciso profondamente sulla modalità di comunicazione e di relazione tra soggetti istituzionali e individui privati (la c.d. *net community*).

Il cambiamento in atto, quindi, non attiene unicamente ai paradigmi economici di mercato, ma incide, soprattutto, sul ruolo della pubblica amministrazione, che da strumento delle politiche pubbliche statali diventa essa stessa un operatore economico, con la conseguente necessità di possedere tutti gli strumenti che caratterizzano i rapporti giuridici ed economici presenti nel contesto di riferimento. Appare quindi necessario dotare l'amministrazione dei nuovi mezzi tecnologici di comunicazione ed informazione, al fine di consentire al soggetto pubblico di costituire relazioni efficaci con gli altri operatori e con gli stessi utenti e, inoltre, per permettere alla medesima P.A. di assumere una posizione paritaria rispetto ad essi<sup>11</sup>.

## 2. Le pubbliche amministrazioni e l'uso delle tecnologie

Con particolare riferimento alle relazioni tra soggetti pubblici e privati, gli effetti della *new economy*, seppur sviluppati inizialmente in ambito economico, hanno oggi invaso il campo giuridico, modificando irreversibilmente il ruolo della pubblica amministrazione e la sua modalità di interagire con la società civile, attraverso un processo di sostanziale parità tra le due posizioni soggettive.

Infatti, l'analisi sulla modernizzazione della pubblica amministrazione, nella sua odierna e duplice veste di operatore nel mercato telematico globale e di erogatore di servizi pubblici, deve necessariamente fare riferimento al fenomeno dell'*e-government*, che presuppone lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nel settore pubblico, in relazione all'efficienza dei processi interni della pubblica amministrazione e al contenimento della spesa, con la possibilità di destinare i relativi risparmi ad usi produttivi alternativi<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Nel 2004, solo il 50% delle società quotate nel 2000 erano ancora attive a quotazioni infinitesimali rispetto ai loro massimi.

<sup>11</sup> Su questo versante, gli Stati hanno accumulato un grave ritardo rispetto alla ben maggiore capacità di innovazione delle grandi imprese e del sistema economico privato nel suo complesso. Cfr. *The Economic Impact of Digital Technologies. Measuring Inclusion and Diffusion in Europe*, a cura di P. GUERRIERI e S. BENTIVEGNA, Cheltenham, Edward Elgar, 2011. In tema di sviluppo dell'amministrazione digitale, V. *Comparative E-government*, a cura di C.G. REDDICK, New York, NY, 2010; in precedenza, P. DUNLEAVY, H. MAGRETT, S. BASTOW e J. TINKLER, *Digital Era Governance. IT Corporations, the State and e-government*, Oxford, Oxford University Press, 2006. Anche nei Paesi tecnologicamente più avanzati, peraltro, indagini empiriche rivelano il livello ancora insufficiente di *accountability* digitale nei confronti dei cittadini: si veda, ad esempio, K. NORMANN ANDERSEN, R. MEDAGLIA, R. VATRAPU, H. ZINNER HENRIKSEN e R. GAULD, *The Forgotten Promise of E-government Maturity: Assessing Responsiveness in the Digital Public Sector*, in *28 Government Information Quarterly* (2011), 439 ss.

<sup>12</sup> Per un inquadramento sul tema dell'*e-government* si veda: F. MERLONI (a cura di), *Introduzione all'e-government*, Torino, 2005; G. VESPERINI (a cura di), *L'E-government*, Milano, 2004; L. MARASSO, *Manuale dell'e-government*, Rimini, 2005; A. ROMANO, L. MARASSO, M. MARINAZZO, *Italia chiama e-government*, Milano, 2008; M. ASPRONE, *Vicissitudini dell'e-gov nazionale*, in Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2009, fasc. 5; M. BOMBARDELLI, *Informatica pubblica, e-government e sviluppo sostenibile*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2002, 05, 991; G. BRACCHI, S. MAINETTI, *E-government: l'evoluzione della PA*, Milano, 2005; D. BUSON, *Il piano di azione e-government: un'opportunità per far crescere la qualità del sistema pubblico*, in Nuova Rassegna, 2003, 651 ss.; M. CARLONI, M. Mondani, *L'e-government è un'opportunità per una nuova partenza*, in Amministrazione civile, 2008, fasc. 2; A. CAPOCCHI, *Il processo di e-government nel sistema delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2003; *Federalismo informatico e rinnovamento delle istituzioni: dieci tesi sull'E-government*, Gruppo di lavoro di Astrid, Roma, 2002, in *Astrid*; G. Marasso, *Metodi e strumenti di e-government*, Rimini, 2001; M.L. MARTIRE, *La società dell'informazione e il processo di e-government*, in L'Amministrazione italiana, 2005, fasc. 2, 229; F. MARZANO, *E-adesso? e-government dal 2000 ad oggi, che cosa è cambiato*, in *Astrid*; A. OSNAGHI, *Riflessioni sull'e-government*, Relazione per il Convegno "Le riforme perdute della P.A.", Roma, 29 Maggio 2008, in *Astrid*.

L'*e-government* fa riferimento all'utilizzo di Internet nell'offerta dei servizi pubblici nei confronti di cittadini ed



In linea generale, l'*e-government* viene definito come *“l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative e all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici e i processi democratici e di rafforzare il sostegno alle politiche pubbliche”*<sup>13</sup>.

Lo sviluppo dell'*e-government* in ambito amministrativo mira, quindi, a realizzare, attraverso l'informatizzazione della P.A., un rapporto più rapido e trasparente tra cittadini e amministrazioni pubbliche (e, più in generale, tra il mondo pubblico e quello privato) attraverso modelli organizzativi basati su procedure partecipative e trasparenti, sostituendosi in tal modo all'ordinaria attività amministrativa di natura autoritativa.

Il pieno sviluppo di politiche basate sull'*e-government* si pone quindi in stretta relazione con la necessità di concepire un differente modello di amministrazione rispetto a quello tradizionale, superando così, da un lato, la netta separazione esistente tra cittadini e pubblica amministrazione e, dall'altro, la settorializzazione dei flussi informativi.

L'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione consente, infatti, una condivisione di innumerevoli informazioni fra una molteplicità di soggetti pubblici e privati, rendendo di conseguenza *“più labili i confini tra il settore pubblico ed il resto della società, trasformando potenzialmente tutte le istituzioni in reti di organizzazioni e tutte le organizzazioni in reti di nuclei elementari. Questa tendenza all'orizzontalità, ben simboleggiata dallo sviluppo stesso di Internet, costituisce in qualche modo la base tecnologica della sussidiarietà sia verticale che orizzontale”*<sup>14</sup>.

Sotto questo profilo, lo sviluppo di Internet nei processi di *e-government* non ha solo modificato la struttura delle amministrazioni centrali e locali, ma ha definitivamente comportato la sostituzione dei modelli di amministrazione tradizionali con quelli della c.d. amministrazione condivisa<sup>15</sup>, attraverso cui perseguire l'interesse pubblico generale facendo leva, da un lato, sulla collaborazione

---

imprese, il cui pieno sviluppo passa sicuramente dall'impiego dei mezzi ICT nelle varie fasi dell'azione amministrativa, così come dimostra l'indagine Istat, effettuata nel 2012, avente ad oggetto l'uso dell'*e-government* da parte di consumatori ed imprese, la quale evidenzia la rilevanza, in questo settore, di diverse concause che influiscono sulla propensione all'utilizzo di strumenti telematici da parte degli utenti, come ad esempio le loro dotazioni delle tecnologie di accesso al colloquio telematico con la pubblica amministrazione, e la quantità e la qualità dei servizi pubblici offerti dalle stesse P.A.

I dati analizzati riflettono come la maggioranza dei privati continuasse ad interagire con il soggetto pubblico tramite contatto diretto allo sportello (64 per cento), a fronte del solo il 15 per cento che avrebbe utilizzato il canale telematico e appena il 4 per cento la posta elettronica certificata (PEC). Le ragioni di ciò devono necessariamente tenere conto di diversi fattori eterogenei, ma comunque collegati tra loro, che possono essere ricondotti, in primo luogo, all'indisponibilità fisica di accesso ad Internet a causa dei relativi costi di attivazione e navigazione, nonché all'assenza di una istruzione telematica dei soggetti privati, che determina non solo l'incapacità di utilizzare questo strumento, ma genera l'incapacità di percepire l'utilità di quest'ultimo.

La situazione descritta cambia radicalmente con riferimento all'interazione *on line* tra imprese e pubblica amministrazione, come descritto dalla Commissione europea nella rilevazione dei dati necessari per l'aggiornamento dell'Agenda Digitale Europea, in base ai quali si registra una “maturità” del settore privato nazionale rispetto alla media EU, nonostante la più ridotta dimensione media delle imprese. I dati sono raccolti da tutti i Paesi dell'Unione attraverso questionari al fine di rilevare l'avanzamento delle specifiche iniziative di attuazione dell'Agenda Digitale. Lo *Scoreboard* è disponibile *on-line* all'indirizzo telematico <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/digital-agenda-scoreboard>.

<sup>13</sup> Cfr. Comunicazione del 26 settembre 2003 della Commissione, *“Il ruolo del e-government per il futuro dell'Europa”*. Tale comunicazione si pone in stretta relazione con una precedente determinazione della stessa Commissione Europea, intitolata *“E-Europe – Una società dell'informazione per tutti”*, nella quale si raccomandava agli Stati Membri di predisporre determinate azioni programmatiche in materia di *e-government*. In tal senso, giova ricordare come già a partire dal Consiglio europeo di Lisbona del 2000, l'Unione Europea aveva manifestato l'intenzione di predisporre, entro il 2010, una economia comunitaria basata sulla conoscenza, migliorando il livello di occupazione e di coesione sociale.

In dottrina, v. A. GRONLUND e T.A. HORAN, *Introducing E-Gov: history, definitions and issues, Communications of the AIS*, Vol. 15, 2004, 713 ss.

<sup>14</sup> *Federalismo informatico e rinnovamento delle istituzioni: dieci testi sull'e-government*, in [Astrid](#), Roma, luglio 2002.

<sup>15</sup> Cfr. G. ARENA, *E-government e nuovi modelli di amministrazione*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2006, 129 ss.

attiva degli stessi cittadini, e superando, dall'altro, i due schemi amministrativi definiti bipolari: il primo che considerava il cittadino come semplice amministrato e quello, più recente, che lo qualificava come cliente<sup>16</sup>.

Del resto, la "concezione digitale" dell'amministrazione tende a rivoluzionare il rapporto gerarchico ed autoritario tra amministratori ed amministrati, concependo forme di collaborazione paritetica tra i soggetti pubblici e privati, attraverso manifestazioni della propria volontà di natura concordata e convenzionale, sulla base dei principi provenienti dal diritto privato, nonché, quindi, mediante l'utilizzo degli strumenti giuridici previsti da quest'ultimo<sup>17</sup>.

In tale contesto, gli interventi legislativi, aventi ad oggetto l'effettiva informatizzazione della pubblica amministrazione, prendono in considerazione sia la forma organizzativa dello stesso soggetto pubblico che l'intera attività da esso esercitata, coinvolgendo, quindi, i relativi atti autoritativi e consensuali<sup>18</sup>.

Tuttavia, ai fini di una concreta applicazione dei principi dell'amministrazione condivisa, il legislatore deve necessariamente porsi come obiettivo principale quello di estendere la partecipazione del singolo privato all'interno del procedimento, la cui effettiva utilità sarà proporzionalmente influenzata dal livello di conoscenza del soggetto coinvolto. Pertanto, ulteriore compito sarà quello di riconoscere a quest'ultimo la possibilità di avere visione di tutte le informazioni necessarie per esprimere la propria volontà ed opinione in modo consapevole, avviando in tal senso una rivoluzione digitale dello stesso diritto di accesso.

In conclusione, nella fase provvedimentale, le tecnologie informatiche intervengono in maniera sostanziale sulle categorie tradizionali del procedimento, di talché le innovazioni legislative, seppur dirette ad una forte accelerazione del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione, dovranno evitare qualsiasi presunta corrispondenza tra informatizzazione e semplificazione, in quanto il processo di digitalizzazione concepito con l'*e-government* non può essere circoscritto al solo obiettivo del contenimento dei costi pubblici, ma deve, al contrario, mirare ad una normativa omogenea, avente ad oggetto il pieno coinvolgimento del privato in qualità di soggetto attivo (e non

---

<sup>16</sup> Cfr. S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 602, dove il c.d. "paradigma bipolare" indica il binomio sul quale si fonda il rapporto fra amministrazioni pubbliche e cittadini: amministrazione da un lato, e cittadini dall'altro, in perenne contrapposizione. Cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, 83, il quale affermava che "I soggetti nel campo del diritto amministrativo possono essere di diverse specie ... Ma la distinzione che ci sembra fondamentale e a cui quindi occorre subordinare le altre, è quella tra soggetti attivi e soggetti passivi della potestà amministrativa. Bisogna, così, contrapporre, da un lato i soggetti che amministrano e che, nel loro insieme, costituiscono (...) la Pubblica Amministrazione, e, dall'altro, gli amministrati". In tal senso, cfr. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 71, che esprimeva il medesimo concetto affermando che "Nelle comunità statali attuali (Stato comunità), da un lato vi sono le autorità pubbliche, che si esprimono nello Stato organizzazione; dall'altro le persone, o soggetti privati, o cittadini ... le quali possiedono alcuni diritti fondamentali. Vi sono, perciò, nelle comunità statali, due forze, l'autorità e la libertà, le quali hanno dei centri di appoggio e di espressione".

<sup>17</sup> Per il concetto di cittadini alleati cfr. G. ARENA, cit., 133-137. Al riguardo, v. anche l'impostazione di G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2006, 21 ss., il quale descrive il rapporto tra Pubblica Amministrazione e cittadini con la relazione "principale/agente" (c.d. relazione di agenzia) secondo la quale il soggetto "principale" è il cittadino ed il soggetto "agente" è la Pubblica Amministrazione: l'agente opera per conto del principale ed è tenuto a promuovere l'interesse di quest'ultimo. Anche in questo caso si tratta di una nuova concezione di Amministrazione fondata su principi che si avvicinano al diritto privato - temperando il tradizionale rapporto, autoritativo ed unilaterale, tra P.A./cittadini - ma qui la relazione si fonda sulla regola della rappresentanza legale, in virtù della quale il rappresentato ("cittadino-principale") è dotato di meccanismi di controllo che gli consentono di valutare l'operato del rappresentante ("Amministrazione-agente") ed evitare che quest'ultimo agisca contro i suoi interessi. Ed ancora, cfr. G. CORSO, *Una nuova amministrazione?*, in *Nuove autonomie*, 2003, fasc. 3, 301 ss., dove l'Autore descrive una Pubblica Amministrazione che, in seguito alle riforme amministrative degli anni novanta, si è trasformata in "Amministrazione partecipata e consensuale non più chiusa al cittadino", non più unilaterale e centralistica, ma imparziale perché resa autonoma dalla politica. In proposito, cfr. P. COSTANZO, *Avete detto "diritti digitali"?*, in *Tecniche normative*, Studi e contributi (13.VII.2016).

<sup>18</sup> Sui recenti interventi normativi, cfr. E. CARLONI, *Il potenziamento dell'Agenda digitale italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1151, e A. BALDANZA, *Semplificazione: le comunicazioni telematiche diventano tipiche*, in *Dir. Prat. amm.*, 2012, 14.

solo destinatario dell'atto) e la piena consapevolezza di quest'ultimo rispetto all'esercizio della funzione pubblica<sup>19</sup>.

In Italia, l'obiettivo di una digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche risulta chiaro nel contenuto della delega conferita al Governo con la legge 7 agosto 2015, n. 124 (*"Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"*), la quale ha sancito espressamente la ridefinizione dei procedimenti amministrativi, dell'organizzazione e delle procedure interne alle amministrazioni, nell'ottica di uno sviluppo digitale e telematico, sia dei processi organizzativi che dell'attività amministrativa, in quanto strettamente e funzionalmente interconnessi<sup>20</sup>.

Rispetto alle impostazioni passate, dove gli strumenti informatici rappresentavano un mero ausilio allo svolgimento di un'attività amministrativa, comunque ancorata alle sue tradizionali modalità operative e per le quali il computer non costituiva altro che un evoluto supporto, gli attuali obiettivi legislativi e le relative innovazioni normative mirano ad adeguare i modelli tradizionali amministrativi ai principi sottesi all'*e-government*, avuto riguardo in particolare all'opera di coordinamento tra la disciplina europea e quella nazionale.

### 3. La digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni e il coordinamento statale

Il processo di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, avviata con la legge 7 agosto 2015, n. 124, presuppone un'opera di profonda revisione, alla luce delle nuove tecnologie, degli schemi organizzativi delle amministrazioni, affidando il coordinamento tecnico in capo ad un unico soggetto, Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), in conformità con il quadro costituzionale delineato dalla lett. r) dell'art. 117, comma 2, Cost., la quale sancisce la competenza legislativa esclusiva dello Stato per il coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. A. MAGGIPINTO, *Internet e Pubbliche Amministrazioni: quale democrazia elettronica?*, in *Dir. inf.*, 2008, 45, che individua tre differenti livelli di comunicazione elettronica: la fruibilità dei dati e la cooperazione applicativa (primo livello); l'accesso telematico a dati e documenti (secondo livello) e la partecipazione e la trasparenza (terzo livello).

<sup>20</sup> Tale finalità non presenta natura originaria, in quanto già da tempo il legislatore aveva auspicato e incentivato l'uso della telematica come strumento dell'azione amministrativa. Basti pensare in primo luogo alla legge n. 241 del 1990, che nel delineare la definizione di "atto amministrativo" all'art. 22 ricomprende anche l'atto amministrativo elettronico. Successivamente, la legge "Bassanini" n. 59 del 1997 diede un fortissimo impulso all'informatizzazione amministrativa, laddove all'art. 15 ha previsto che *"gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge"*.

Con d.p.r. n. 428 del 1998 è stato poi emanato il regolamento per la tenuta del protocollo amministrativo con procedura informatica. Inoltre, il d.p.r. n. 445 del 2000, T.U. sulla documentazione amministrativa, ha previsto che il ricorso a mezzi informatici soddisfa pienamente il requisito della forma scritta e che la trasmissione degli atti dematerializzati non deve essere seguita da quella del documento originale. Nel 2005 è stato quindi emanato il Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. n. 82 del 2005) ed è stato inserito nella l. 241/90 l'art. 3-bis, dal titolo "Uso della telematica", introdotto dall'art. 3 della legge n. 15 del 2005, secondo il quale: *"1. Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati"*.

<sup>21</sup> Cfr. [Corte cost. n. 17/2004](#). Sotto questo profilo, la Corte costituzionale, sebbene abbia affermato in più occasioni la natura tecnica del potere esercitato dallo Stato e la legittimità di autonome iniziative regionali, volte ad una efficace organizzazione di base dei dati disponibili, ha precisato che il coordinamento descritto nel dettato normativo tende ad assicurare *"una comunicanza di linguaggi, procedure e standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione"*. Per una disamina più approfondita della giurisprudenza costituzionale si rinvia a F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 227 ss. nonché a F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, 47 ss. In tali lavori si ripercorrono le varie decisioni della Consulta in tema di digitalizzazione della pubblica amministrazione, dalla quali emerge chiaramente la sua natura trasversale, in quanto spesso connessa ad altre materie di competenza esclusiva dello Stato. Esse riguardavano, *inter alia*, la qualità dei servizi e della razionalizzazione della spesa in materia informatica, in quanto necessari al fine di garantire a omogeneità nella elaborazione e trasmissione dei dati ([sent. n. 17/2004](#)), i progetti di innovazione tecnologica nelle p.a. nel Paese che

In un'ottica di razionalizzazione della spesa e di implementazione della qualità dei servizi, la competenza statale si concretizza in primo luogo nella definizione di regole tecniche, idonee a garantire l'omogeneità nella elaborazione e nella trasmissione dei dati, nonché nella predisposizione di una disciplina delle infrastrutture di comunicazione elettronica<sup>22</sup>.

Sulla base dei criteri e dei principi indicati nella legge di delega n. 124/2015, aventi ad oggetto, in particolare, gli obiettivi di ridefinizione e semplificazione dell'organizzazione e delle procedure interne di ciascuna amministrazione, le innovazioni legislative introdotte dal decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179 (*“Modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*) perseguono le suddette finalità attraverso la valorizzazione di modelli di coordinamento centrale e verticistico delle pubbliche amministrazioni, attribuendo all'AgID un ruolo fondamentale nella definizione di programmi e indirizzi unitari, nei controlli e nelle verifiche dei risultati conseguiti, avuto comunque riguardo alla necessità di ottimizzare la spesa pubblica e favorire l'adozione di infrastrutture digitali condivise, necessarie anche quest'ultime per la riduzione dei costi sostenuti dalle singole amministrazioni e il miglioramento dei relativi servizi erogati.

Segnatamente, l'art. 14 del Codice dell'Amministrazione Digitale (C.A.D.) – in materia di rapporti tra Stato, regioni e autonomie locali – da un lato ribadisce il ruolo dello Stato nel coordinamento informatico dei dati delle varie amministrazioni, così come già previsto in Costituzione, demandandogli il compito di predisporre *“regole tecniche necessarie per garantire la sicurezza e l'interoperabilità dei sistemi informatici e dei flussi informativi per la circolazione e lo scambio dei dati e per l'accesso ai servizi erogati in rete dalle amministrazioni medesime”*; su altro versante, il secondo comma della norma in esame – al fine di realizzare un processo coordinato di digitalizzazione dell'azione amministrativa, attraverso l'individuazione delle opportune regole tecniche di attuazione del C.A.D. – promuove il meccanismo dell'intesa e degli accordi tra lo Stato, le regioni e le autonomie locali, affinché siano adottati, mediante la Conferenza unificata, indirizzi utili per raggiungere tali scopi<sup>23</sup>.

---

possono riguardare l'organizzazione e la dotazione tecnologica delle regioni e degli enti territoriali ([sent. n. 35/2005](#)), la tutela del diritto dei cittadini ad accedere ad informazioni ambientali ([sent. n. 398 del 2006](#)), il monitoraggio dei dati relativi alla realizzazione del rispetto degli adempimenti di contenimento della spesa per il personale di regioni, enti locali ed enti del S.S.N. ([sent. n. 169/2007](#)), le modalità tecniche di trasmissione in via telematica dei dati relativi alle dichiarazioni dei redditi ed all'import/export alle regioni ([sent. n. 145/2009](#)), i compiti ed il funzionamento dello “sportello unico per le imprese”, attraverso l'istituzione di un procedimento amministrativo uniforme volto a consentire ai soggetti in possesso dei requisiti di legge di intraprendere l'attività economica ([sent. n. 15/2010](#)).

<sup>22</sup> Cfr. F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in *L'azione amministrativa. Saggi sul procedimento amministrativo*, AA.VV., Torino, 2016, 249. In materia di infrastrutture di comunicazione elettronica assume particolare rilevanza la disciplina del Sistema pubblico di connettività (SPC), in sostituzione della Rete unitaria delle pubbliche amministrazioni (la c.d. RUPA) che, nell'ottica ormai superata di sviluppo organizzativo di natura federata del sistema, garantiva la duplice esigenza di omogeneizzazione delle forme di elaborazione e comunicazione dei dati e l'autonomia organizzativa delle singole amministrazioni.

Proprio su tale principio interviene la riforma del C.A.D., il quale, sulla base della prevalenza della interoperabilità sulla garanzia dell'autonomia delle amministrazioni coinvolte, prevede oggi, all'art. 73, comma 1, C.A.D., come modificato dal d.lgs. n. 179/2016, che *“1. Nel rispetto dell'articolo 117, secondo comma, lettera r), della Costituzione, e nel rispetto dell'autonomia dell'organizzazione interna delle funzioni informative delle regioni e delle autonomie locali il presente Capo definisce e disciplina il Sistema pubblico di connettività e cooperazione (SPC), quale insieme di infrastrutture tecnologiche e di regole tecniche che assicura l'interoperabilità tra i sistemi informativi delle pubbliche amministrazioni, permette il coordinamento informativo e informatico dei dati tra le amministrazioni centrali, regionali e locali e tra queste e i sistemi dell'Unione europea ed è aperto all'adesione da parte dei gestori di servizi pubblici e dei soggetti privati”*.

<sup>23</sup> A tale fine, il d.lgs. n. 179/2016 prevede inoltre una modifica della composizione della Conferenza permanente per l'innovazione tecnologica, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri con lo scopo di fornire supporto nella elaborazione delle linee strategiche di indirizzo in materia di innovazione e digitalizzazione per tutte le amministrazioni, e non più solo per le amministrazioni dello Stato. Di conseguenza, si prevede la presenza tra i quattro esperti di un rappresentante designato dalle Regioni, così recependo uno spunto contenuto nel parere della Conferenza unificata Stato regioni, cfr. parere del 3 marzo 2016.

La volontà di limitare la potestà organizzatoria del singolo ente territoriale, in funzione dell'esigenza di disciplinare la materia in oggetto secondo principi unitari, risulta ancor più evidente nelle modifiche apportate dal d.lgs. n. 179/2016 al secondo comma dell'art. 14, dove si stabiliscono ulteriori e sostanziali margini di intervento da parte dell'AgID nella gestione del coordinamento informatico dell'attività delle singole amministrazioni locali. Esso prevede infatti che *“l'AgID assicura il coordinamento informatico dell'amministrazione statale, regionale e locale, con la finalità di progettare e monitorare l'evoluzione strategica del sistema informativo della pubblica amministrazione, favorendo l'adozione di infrastrutture e standard che riducano i costi sostenuti dalle amministrazioni e migliorino i servizi erogati”*.

In definitiva, la riforma del Codice dell'amministrazione digitale, promossa sulla base della necessità di modificare i paradigmi dell'azione degli enti pubblici all'interno di un contesto unitario di semplificazione, contiene un evidente impulso verso l'accentuazione dei poteri di indirizzo e coordinamento tecnico a livello centrale, passando - quindi - da un modello federato e non gerarchico ad una nuova e differente concezione della struttura amministrativa, dove, da un lato, prevale l'esigenza di affidare maggiore rilievo al ruolo di un coordinamento centrale e - dall'altro - si limita il processo devolutivo di poteri autonomi in capo alle singole amministrazioni.

#### 4. L'attuazione dell'Agenda digitale italiana

Il processo di digitalizzazione pubblico persegue gli obiettivi indicati nell'Agenda digitale, istituita con l'art. 47 del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 55 – convertito nella legge 4 aprile 2012, n. 35 (*“Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo”*) – concernente l'insieme di azioni e norme per lo sviluppo delle tecnologie, dell'innovazione e dell'economia digitale, al fine primario di modernizzare i rapporti tra pubblica amministrazione, cittadini e imprese<sup>24</sup>.

La stessa normativa ha inizialmente individuato in una Cabina di regia l'organo operativo deputato all'attuazione di tale Agenda digitale<sup>25</sup>, con l'ausilio di un Tavolo permanente per l'innovazione,

---

<sup>24</sup> Ai sensi dell'art. 47, comma 1, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, conv. nella legge 4 aprile 2012, n. 35, *“nel quadro delle indicazioni dell'agenda digitale europea, di cui alla comunicazione della Commissione europea COM (2010) 245 definitivo/2 del 26 agosto 2010, il Governo persegue l'obiettivo prioritario della modernizzazione dei rapporti tra pubblica amministrazione, cittadini e imprese, attraverso azioni coordinate dirette a favorire lo sviluppo di domanda e offerta di servizi digitali innovativi, a potenziare l'offerta di connettività a larga banda, a incentivare cittadini e imprese all'utilizzo di servizi digitali e a promuovere la crescita di capacità industriali adeguate a sostenere lo sviluppo di prodotti e servizi innovativi”*.

<sup>25</sup> Ai sensi dell'art. 47, comma 2-bis, d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, conv. nella legge 4 aprile 2012, n. 35, oggi abrogato, *“la Cabina di Regia di cui al comma 2, nell'attuare l'agenda digitale italiana nel quadro delle indicazioni sancite dall'agenda digitale europea, persegue i seguenti obiettivi:*

*a) realizzazione delle infrastrutture tecnologiche e immateriali al servizio delle «comunità intelligenti» (smart communities), finalizzate a soddisfare la crescente domanda di servizi digitali in settori quali la mobilità, il risparmio energetico, il sistema educativo, la sicurezza, la sanità, i servizi sociali e la cultura;*

*b) promozione del paradigma dei dati aperti (open data) quale modello di valorizzazione del patrimonio informativo pubblico, al fine di creare strumenti e servizi innovativi;*

*c) potenziamento delle applicazioni di amministrazione digitale (e-government) per il miglioramento dei servizi ai cittadini e alle imprese, per favorire la partecipazione attiva degli stessi alla vita pubblica e per realizzare un'amministrazione aperta e trasparente;*

*d) promozione della diffusione e del controllo di architetture di cloud computing per le attività e i servizi delle pubbliche amministrazioni;*

*e) utilizzazione degli acquisti pubblici innovativi e degli appalti pre-commerciali al fine di stimolare la domanda di beni e servizi innovativi basati su tecnologie digitali;*

*f) infrastrutturazione per favorire l'accesso alla rete internet nelle zone rurali, nonché in grandi spazi pubblici collettivi quali scuole, università, spazi urbani e locali pubblici in genere;*

*g) investimento nelle tecnologie digitali per il sistema scolastico e universitario, al fine di rendere l'offerta educativa e formativa coerente con i cambiamenti in atto nella società;*

*h) consentire l'utilizzo dell'infrastruttura di cui all'articolo 81, comma 2-bis, del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, anche al fine di consentire la messa a disposizione dei cittadini*

salvo poi disporre la loro soppressione nell'ottica della semplificazione della rispettiva *governance*<sup>26</sup>, la quale, secondo la disciplina ad oggi vigente, viene espressamente attribuita, per quanto attiene alle politiche di digitalizzazione, alla Presidenza del Consiglio (coadiuvata dalla Conferenza permanente per l'innovazione tecnologica limitatamente alla definizione delle linee strategiche e di indirizzo), nonché, con riferimento alle gestione tecnica e operativa, all'Agenzia per l'Italia Digitale, cui spetterebbe il coordinamento informatico della amministrazione statale, regionale e locale, secondo quanto disposto dal nuovo art. 14 del C.A.D. ai sensi ed in conformità con il dettato normativo dell'art. 117, comma 1, lett. r), della Costituzione.

Nell'ambito dei recenti interventi di riordino e razionalizzazione della *governance* in materia digitale, il ruolo dell'AgID è stato significativamente potenziato, cosicché, con il decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179 (*“Modifiche ed integrazioni al Codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ai sensi dell'articolo 1 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*), il ruolo di coordinamento informatico dell'amministrazione statale, regionale e locale, prima spettante all'organo politico, è stato attualmente affidato a tale agenzia governativa, demandando ad essa, allo stesso tempo, il compito di favorire l'adozione di infrastrutture comuni che riducano i costi sostenuti dalle amministrazioni, attraverso la promozione dell'innovazione digitale e l'utilizzo delle tecnologie digitali nella organizzazione dell'amministrazione.

In tale quadro, l'intervento legislativo non si è limitato a riconoscerle funzioni prima esercitate da un soggetto di natura politica, bensì ha previsto la possibilità per il Presidente del Consiglio, in sede di prima attuazione, di nominare un Commissario straordinario per l'Agenda digitale, con poteri sostitutivi nei confronti delle amministrazioni inadempienti, anche di quelle non statali, al fine di realizzare concretamente l'attuazione degli obiettivi prefissati dalla stessa Agenda digitale italiana<sup>27</sup>.

---

*delle proprie posizioni debitorie nei confronti dello Stato da parte delle banche dati delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 2, comma 2, del citato codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005, e successive modificazioni;*

*i) individuare i criteri, i tempi e le relative modalità per effettuare i pagamenti con modalità informatiche nonché le modalità per il riversamento, la rendicontazione da parte del prestatore dei servizi di pagamento e l'interazione tra i sistemi e i soggetti coinvolti nel pagamento, anche individuando il modello di convenzione che il prestatore di servizi deve sottoscrivere per effettuare il pagamento”.*

<sup>26</sup> La Cabina di regia, a seguito delle modifiche introdotte dall'articolo 13 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, era infatti presieduta dal Presidente del Consiglio dei Ministri o da un suo delegato e composta dal Ministro dello sviluppo economico, dal Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, dal Ministro per la coesione territoriale, dal Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, dal Ministro della salute, dal Ministro dell'economia e delle finanze, dal Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, da un Presidente di regione e da un Sindaco designati dalla Conferenza Unificata.

<sup>27</sup> Ai sensi dell'art. 63, decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, *“1. Il Presidente del Consiglio dei ministri, in sede di prima attuazione del presente decreto, può nominare, per un periodo non superiore a tre anni, con proprio decreto, un Commissario straordinario per l'attuazione dell'Agenda digitale. Il Commissario svolge funzioni di coordinamento operativo dei soggetti pubblici, anche in forma societaria operanti nel settore delle tecnologie dell'informatica e della comunicazione e rilevanti per l'attuazione degli obiettivi di cui all'Agenda digitale italiana, limitatamente all'attuazione degli obiettivi di cui alla predetta Agenda digitale ed anche in coerenza con gli obiettivi dell'Agenda digitale europea.*

*2. Il Presidente del Consiglio dei ministri, con proprio decreto, individua uno o più progetti di rilevanza strategica e di interesse nazionale, dei quali può affidare l'attuazione, ai sensi del comma 1, al Commissario eventualmente nominato ai sensi del comma 1, autorizzandolo ad avvalersi anche dei soggetti di cui al comma 1.*

*3. Per la realizzazione delle azioni, iniziative ed opere essenziali, connesse e strumentali all'attuazione dell'Agenda digitale italiana, anche in coerenza con gli obiettivi dell'Agenda digitale europea, il Commissario esercita poteri di impulso e di coordinamento nei confronti delle pubbliche amministrazioni cui competono tali adempimenti, ivi inclusa l'Agenzia per l'Italia digitale, nonché il potere sostitutivo secondo le modalità di cui al comma 4.*

*4. In caso di inadempienze gestionali o amministrative relative all'attuazione delle misure necessarie ai fini del comma 3, il Commissario invita l'amministrazione competente ad adottare, entro il termine di trenta giorni dalla data della diffida, i provvedimenti dovuti; decorso inutilmente tale termine, il Commissario, su autorizzazione resa con decreto del Presidente del Consiglio, previa comunicazione al Consiglio dei ministri, esercita il potere sostitutivo.*

*5. Il Commissario, nell'ambito delle proprie competenze e limitatamente all'attuazione dell'Agenda digitale italiana, può avvalersi della collaborazione di società a partecipazione pubblica operanti nel settore delle tecnologie dell'informatica e della comunicazione, anche in relazione all'utilizzo delle relative risorse finalizzate allo scopo, e può,*

Tale facoltà è stata effettivamente esercitata in data 16 settembre 2016 con l'emanazione di un decreto della Presidenza del Consiglio dei ministri, avente ad oggetto la nomina di un Commissario straordinario del Governo.

Sotto questo profilo, la decisione di avvalersi di tale figura straordinaria nell'ordinaria gestione delle politiche di digitalizzazione pubblica solleva particolari dubbi ermeneutici ed applicativi, tenuto conto della precedente decisione del legislatore di attribuire all'AgID l'attuazione dell'Agenda digitale, i cui organi gestionali, però, non vengono sostituiti a causa dell'acclarata impossibilità di procedere alla realizzazione degli obiettivi individuati *ex lege*, ma essi sono affiancati dal commissario governativo, con compiti totalmente sovrapponibili a quelli in parte già demandati alla stessa Agenzia.

Tali difficoltà di convivenza giuridica tra i suddetti soggetti pubblici, l'Agenzia per l'Italia Digitale e il Commissario per l'attuazione dell'Agenda digitale, sono riconducibili essenzialmente a due differenti motivazioni:

a) a livello generale, come è noto, l'istituto giuridico del commissario governativo rappresenta oggi un fenomeno non riconducibile ad un disegno complessivo ed organico, bensì riflette esigenze plurali ed eterogenee, comprendendo così sia la necessità di affrontare una situazione di crisi dovuta all'impossibilità di provvedere attraverso una amministrazione ordinaria, sia quella di realizzare gli obiettivi predeterminati dalla legge con rapidità ed efficienza, in conformità con gli stringenti vincoli di spesa e di bilancio<sup>28</sup>. In estrema sintesi, la figura del commissario costituisce la risoluzione di differenti situazioni, talvolta improvvise ed eventuali, talvolta fisiologiche e derivanti dalla stessa complessità dell'ordinamento giuridico.

Tale tendenza si è sviluppata quindi in una duplice dimensione: da un lato, si è provveduto al progressivo aumento di leggi istitutive di nuove figure di commissario ovvero si è dilatato l'ambito applicativo dei presupposti, di fatto e di diritto, per la loro istituzione; su altro versante, la stessa pubblica amministrazione ha spesso interpretato in maniera estensiva le condizioni normative che regolano il ricorso a questo strumento organizzativo<sup>29</sup>.

Per contro, la figura giuridica dell'agenzia governativa prevista dal decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, nei cui schemi è generalmente ricondotta l'Agenzia per l'Italia Digitale, presenta, quali profili distintivi, il diretto rapporto con l'organo esecutivo e l'esercizio di poteri tecnici ed operativi.

---

*inoltre, adottare nei confronti degli stessi soggetti e nei confronti delle pubbliche amministrazioni, regole tecniche e linee guida, nonché richiedere dati, documenti e informazioni strumentali all'esercizio della propria attività e dei propri poteri.*

6. Il Commissario rappresenta il Presidente del Consiglio nelle sedi istituzionali internazionali nelle quali si discute di innovazione tecnologica, agenda digitale europea e governance di Internet e partecipa, in ambito internazionale, agli incontri preparatori dei vertici istituzionali al fine di supportare il Presidente del Consiglio dei ministri nelle azioni strategiche in materia di innovazione tecnologica.

7. Con il decreto di cui al comma 1, sono altresì definite la struttura di supporto e le modalità operative, anche sul piano contabile, per la gestione dei progetti. Il Commissario opererà quale funzionario delegato in regime di contabilità ordinaria, ai sensi del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, e del decreto del Presidente della Repubblica 20 aprile 1994, n. 367, a valere per l'anno 2016 sulle risorse disponibili a legislazione vigente nel bilancio autonomo della Presidenza del Consiglio dei ministri.

8. Il Commissario straordinario riferisce al Presidente del Consiglio dei ministri sullo svolgimento della propria attività.

9. Per l'espletamento dell'incarico attribuito, al Commissario straordinario non è dovuto alcun compenso".

<sup>28</sup> L'art. 11 della legge 23 agosto 1988, n. 400 (recante la "Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri") prevede che "al fine di realizzare specifici obiettivi determinati in relazione a programmi o indirizzi deliberati dal Parlamento o dal Consiglio dei ministri o per particolari e temporanee esigenze di coordinamento operativo tra amministrazioni statali, può procedersi alla nomina di commissari straordinari del Governo, ferme restando le attribuzioni dei Ministeri, fissate per legge". In dottrina, cfr. R. JUSO, voci *Commissario governativo e commissario prefettizio*, in *Noviss. Digesto it.*, 1981, vol. III, 634 ss.; G. BERTI-L. TUMIATI, *Commissario e Commissione Straordinaria*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 862 ss.; T. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Gli organi amministrativi straordinari*, in *Cons. St.*, 1984, II, 431 ss.; G. RIZZA, voce *Commissario (dir. pubbl.)*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1990; F. TERESI, *I commissari straordinari del governo*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, vol. II, Milano, 1996, 1443 ss.; ID., *I commissari straordinari: introduzione alla ricerca e quadro generale*, in F. TERESI (a cura di), *I commissari straordinari*, Milano, 1994, 21 ss.

<sup>29</sup> Cfr. G. AVANZINI, *Il Commissario straordinario*, Torino, 2013, 1 ss.

Segnatamente, sebbene le agenzie governative godano di una particolare autonomia di gestione e di bilancio, esse sono espressamente sottoposte a determinati poteri di indirizzo e di vigilanza del ministro di riferimento, secondo le modalità descritte nelle previsioni statutarie e nel rispetto dei principi e criteri direttivi elencati negli articoli 8 e 9 del suddetto decreto legislativo<sup>30</sup>.

Per quanto attiene ai compiti di natura tecnica ed operativa, atteso che le agenzie governative operano all'interno di un particolare assetto amministrativo, esse esercitano funzioni altamente settoriali, dirette al perseguimento di un complesso e specifico interesse pubblico, il quale di norma rappresenta il risultato del riordino di attribuzioni in precedenza assegnate al ministro e agli uffici ministeriali, avuto comunque riguardo alla distinzione tra quelle di indirizzo politico, mantenute in capo a quest'ultimi, e quelle tecnico-operative, conferite invece alle agenzie create *ad hoc*.

L'istituzione di nuove agenzie amministrative delinea un fenomeno ormai consolidatosi negli ultimi anni all'interno della nostra organizzazione amministrativa e mutuato dall'esperienza proveniente dal sistema giuridico di common law, improntato sullo sviluppo di amministrazioni specializzate e sezionali, con il compito di svolgere articolate attività nell'ottica di realizzare determinate finalità, tipizzate direttamente dal legislatore.

Da tale generale disamina risulta che la *ratio* dell'istituzione del Commissario straordinario coincide, per certi profili (ossia quelli riguardanti alla necessità di rispondere a situazioni specifiche, cui la pubblica amministrazione con le proprie strutture organizzative non riesce a far fronte), con quella che presiede alla costituzione di una agenzia governativa. Mentre si differenzia da quest'ultima quando l'istituzione del Commissario risponde all'esigenza di sopperire ad una situazione di crisi delle amministrazioni specificamente dedicate al perseguimento di un determinato interesse pubblico. Di guisa che, non sussistendo nel caso di specie queste ultime situazioni di crisi, la coincidenza di due amministrazioni parallele, quella di un Commissario e di una agenzia che presiedono all'attuazione del medesimo interesse pubblico, costituisce una anomalia, se non una violazione del principio di economicità dell'azione amministrativa.

b) L'attuale fase del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione, iniziata con il decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, mira in primo luogo ad una modifica dei classici schemi procedurali dell'azione amministrativa, mediante l'inserimento e l'incentivazione all'uso delle moderne tecnologie informatiche; allo stesso tempo, le innovazioni legislative intervengono profondamente sulla organizzazione della *governance* dell'Agenda digitale, riducendo sensibilmente, sulla base dei principi di semplificazione, i centri decisionali periferici e accentrando la competenza statale in capo ad una agenzia governativa, AgID, dotata di peculiari ed elevate competenze tecniche.

---

<sup>30</sup> A conferma della stretta relazione tra Governo ed agenzia, lo statuto di quest'ultima deve necessariamente seguire un particolare *iter* di emanazione: nello specifico, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e dai ministri competenti, nella quale viene previsto al vertice gestionale un direttore generale di nomina governativa, lo statuto è adottato con regolamento governativo ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

Inoltre, i poteri di indirizzo e di vigilanza del Governo si concretizzano nell'approvazione dei programmi di attività dell'agenzia, dei bilanci preventivi e dei rendiconti, nell'emanazione di direttive indicanti gli obiettivi da raggiungere, nell'acquisizione di dati e notizie e nell'effettuazione di ispezioni per accertare l'osservanza delle prescrizioni impartite, nonché nell'indicazione di eventuali specifiche attività da intraprendere [art. 8, comma 4, lett. d), d.lgs. n. 300/1999]. Al vertice della loro organizzazione interna è incardinato un direttore generale di nomina governativa (art. 8, comma 3, d.lgs. n. 300/1999).

Tuttavia, in ragione dell'autonomia riconosciuta all'agenzia da parte del legislatore, i poteri ministeriali di vigilanza non presentano natura assoluta, bensì risultano attenuati dall'obbligo di definire gli obiettivi da attribuire all'agenzia attraverso una convenzione tra il ministro competente e quest'ultima, la quale, dunque, concorre alla individuazione delle finalità della propria azione [art. 8, comma 4, lett. e), d.lgs. n. 300/1999].

La medesima convenzione, peraltro, disciplina anche i risultati attesi, l'entità dei finanziamenti dell'agenzia, le strategie per il miglioramento dei servizi, le modalità di verifica dei risultati di gestione e quelle necessarie ad assicurare al ministero competente la conoscenza dei fattori gestionali interni all'agenzia.

Del resto, questo assetto consente di distinguere le agenzie amministrative da altri modelli organizzativi: dagli uffici ministeriali, che non godono di pari autonomia; dagli enti pubblici, soggetti a controlli governativi o ministeriali ma dotati di indirizzi propri; dalle autorità indipendenti, che sono sottratte al controllo della maggioranza politica e protette dalla sua possibile capacità di influenza.



In tale quadro generale, la nomina di un Commissario *ex art. 63*, decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 179, e il riconoscimento ad esso dei medesimi compiti già attribuiti ad un ente specificatamente istituito presentano delle evidenti incongruenze con le precedenti decisioni legislative, in quanto la scelta di affidare l'attuazione dell'Agenda digitale ad una agenzia governativa denota già *ex se* la consapevolezza del legislatore circa la mancanza, all'interno degli ordinari uffici competenti, di quelle capacità tecniche ed operative necessarie per raggiungere tali obiettivi.

Di conseguenza, l'Agenzia per l'Italia Digitale nasce sulla base degli stessi presupposti e dei medesimi obiettivi prefigurati nell'atto di attivazione dell'amministrazione straordinaria (*id est*, del Commissario), dal momento che risultano completamente assenti, nelle motivazioni del decreto di nomina commissariale della Presidenza del Consiglio dei ministri, eventuali inadempimenti degli ordinari organi di gestione dell'agenzia governativa ovvero ulteriori e differenti obiettivi rispetto a quelli già riconosciuti alla stessa AgID, in evidente contrasto con la *ratio* sottesa al decreto legislativo n. 179/2016, diretta principalmente ad un processo di semplificazione e riduzione della *governance* dell'Agenda digitale.

Sotto quest'ultimo profilo, infatti, sarebbe stato più conforme al dettato normativo, ed anche alle stesse caratteristiche della figura giuridica del commissariamento, l'espressa individuazione di determinate iniziative ed opere essenziali per l'effettiva attuazione dell'Agenda digitale, sostituendo i poteri e le funzioni degli organi statutari dell'AgID con il Commissario straordinario per l'attuazione dell'Agenda digitale, e non attraverso un mero affiancamento di quest'ultimo nei confronti dell'agenzia pubblica già costituita, incrementando così, dal punto di vista quantitativo, i soggetti deputati alla gestione dell'Agenda digitale italiana e, su altro versante qualitativo, riportando alla sede politica l'attuazione di quest'ultima, prima equivocamente sottrattale.

Antonio Ruggeri

**Il parlamentare e il suo riconoscimento quale “potere dello Stato” solo... virtuale o in astratto (nota minima a [Corte cost. n. 17 del 2019](#))**

SOMMARIO: L’*astratto* riconoscimento della legittimazione dei parlamentari *uti singuli* al conflitto interorganico, la sua “rigorosa” delimitazione per il profilo oggettivo e la sua negazione *in concreto*, a motivo della mancanza di “evidenza” della violazione delle competenze dei ricorrenti. – 2. Lo slittamento dal piano della *violazione “manifesta”* delle competenze a quello della sua *gravità* e il conseguente “bilanciamento” al quale la stessa è assoggettata con altri interessi costituzionalmente protetti.

1. *L’astratto riconoscimento della legittimazione dei parlamentari uti singuli al conflitto interorganico, la sua “rigorosa” delimitazione per il profilo oggettivo e la sua negazione in concreto, a motivo della mancanza di “evidenza” della violazione delle competenze dei ricorrenti*

Timida e cauta e – temo – meramente virtuale l’apertura fatta dalla decisione in commento all’ammissibilità di conflitti aventi per parte<sup>1</sup> singoli parlamentari. Al riguardo, la Corte si appoggia a talune, seppur sibilline, indicazioni in tal senso contenute in precedenti pronunzie (in ispecie, nella [ord. n. 181 del 2018](#), a firma dello stesso giudice redattore della ordinanza in commento<sup>2</sup>) in cui, pur rilevandosi la inammissibilità del ricorso, si riconosceva essere “impregiudicata la questione se in altre situazioni siano configurabili attribuzioni individuali di potere costituzionale, per la cui tutela il singolo parlamentare sia legittimato a ricorrere allo strumento del conflitto tra poteri dello Stato”<sup>3</sup>. Oggi si fa un passo avanti precisandosi a quali condizioni l’ammissibilità in parola può aversi, che nondimeno restano ugualmente avvolte da una nebbia concettuale che la Corte si riserva di volta in volta di diradare secondo occasionali convenienze e – come si dirà a momenti – all’esito di operazioni di bilanciamento dagli esiti imprevedibili.

Sta di fatto che il parlamentare riceve un riconoscimento, invero non privo di significato<sup>4</sup> ma nella circostanza di sicuro non appagante, di *possibile* “potere dello Stato” *in astratto*, restandone tuttavia, una volta di più, *in concreto* esclusa la legittimazione al giudizio<sup>5</sup>. Solo in chiusura della decisione, come si vedrà, in qualche modo andando oltre (e, forse, contro...) quanto in precedenza detto, la Corte parrebbe non escludere la eventualità che, anche al ricorrere di circostanze analoghe a quella odierna, il verdetto possa risultare di segno opposto. L’avvertimento indirizzato al Governo e agli organi parlamentari cui si deve la lesione portata alla cognizione della Corte<sup>6</sup>, è chiaro; e ricorda le formule assolutorie con cui un tempo i sacerdoti erano soliti chiudere le confessioni dei pentiti: “figliolo, hai sbagliato, ma io ti assolvo; vai e non peccare mai più”<sup>7</sup>.

Per l’aspetto ora considerato, risalta – una volta di più – in tutta la sua evidenza il carattere

<sup>1</sup> Nella specie (e, verosimilmente, anche in future occasioni) solo attiva; nulla tuttavia si oppone a che possano immaginarsi casi che vedano il parlamentare *uti singulus* quale parte passiva nei conflitti, per quanto la simmetria delle due posizioni non sia affatto scontata (molto discussa è – come si sa – la questione in relazione alla Corte costituzionale che, per alcuni, potrebbe rivestire unicamente la qualità di attore e che, però, è organo dalla peculiare posizione nel sistema, usualmente e con una certa improprietà qualificato di “chiusura” dello stesso).

<sup>2</sup> ... la quale rimanda, a sua volta, a [Corte cost. ordd. nn. 163 del 2018](#) e [177 del 1998](#).

<sup>3</sup> Il riferimento è tratto dal punto 3.1 del *cons. in dir.*

<sup>4</sup> Quali poi possano esserne gli sviluppi nell’esperienza a venire nessuno può dire. Malgrado il riconoscimento in parola possa incoraggiare una pioggia di ricorsi, portando all’esito indesiderabile della sistematica “giurisdizionalizzazione” della lotta politica, non sarei tuttavia pessimista a riguardo di questo scenario che dubito possa davvero delinarsi, salvo un incattivimento della lotta stessa conseguente ad un grave sfilacciamento del tessuto sociale ed istituzionale.

<sup>5</sup> Indicazioni di dottrina e giurisprudenza sulla vessata questione, ora, in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>6</sup>, Giappichelli, Torino 2019, 328 s.

<sup>6</sup> ... tra i quali è la stessa Assemblea cui appartengono i ricorrenti. Il vero però è che le maggiori responsabilità sono da imputare al Governo, per quanto gli stessi ricorrenti non abbiano inteso farle valere fino in fondo sollecitando la rimozione degli effetti incostituzionali causati dagli organi citati in giudizio.

<sup>7</sup> Come dirò sul finire di questa succinta riflessione, v’è un’ulteriore aggiunta che non desidero ora anticipare.

(latamente) “politico” della pronunzia della Consulta<sup>8</sup>, nel quale si specchia e risolve il carattere parimenti politico del ricorso: carattere palesato non solo dalla qualità dei ricorrenti (senatori che, peraltro, dichiaravano di agire, oltre che a titolo individuale, nella veste di componenti un gruppo parlamentare e di esponenti di una minoranza pari ad un decimo dei componenti l’assemblea di appartenenza) ma anche (e soprattutto) dalla materia del contendere e dalla stessa richiesta – alquanto inusuale – fatta al giudice costituzionale di non far luogo all’annullamento degli atti lesivi della loro sfera di competenze<sup>9</sup>.

La Corte ha buon gioco nel negare rilievo alcuno all’ultima delle qualità suddette, menzionata dalla Carta costituzionale unicamente in riferimento ad attività estranee all’odierno contendere<sup>10</sup>; d’altro canto, la circostanza per cui non è, in via di principio, categoricamente esclusa la legittimazione del parlamentare *uti singulus* assorbe la questione relativa alla qualità in parola, al pari dell’altra concernente l’appartenenza dei ricorrenti al gruppo parlamentare<sup>11</sup>.

La parte di maggior interesse della decisione in commento è quella in cui la Corte circoscrive – si tiene a precisare, “rigorosamente”<sup>12</sup> – la legittimazione del parlamentare per il profilo oggettivo. Non sorprende che siano, in partenza, esclusi i casi di denuncia di “violazioni o scorrette applicazioni” di norme dei regolamenti camerale o di prassi sulla loro base e ad integrazione delle stesse affermatesi; duole, tuttavia, che si sia persa, ancora una volta, l’opportunità per rivedere (o, diciamo pure, abbandonare) il risalente e – ahimè – radicato orientamento volto a “blindare” i regolamenti suddetti, escludendone il rilievo tanto sul fronte del parametro quanto su quello dell’oggetto dei giudizi davanti alla Corte. In passato – come si sa – non era mancato qualche segno che poteva indurre ad un sia pure parziale ripensamento; qui, la Corte sembra chiudere risolutamente la partita una volta per tutte, facendosi portatrice di un’idea ormai invecchiata e logora di autonomia costituzionalmente garantita a ciascuna Camera, assumendo che la stessa non consentirebbe di porre a fondamento dei ricorsi per conflitto norme dei regolamenti in parola.

Anche però con riferimento ai casi di denuncia della violazione in modo diretto ed esclusivo di norme della Costituzione che delimitano le sfere di competenza dei parlamentari, la Corte stringe il cerchio, e lo fa appellandosi ad una clausola evocativa di una condizione già sperimentata in altri ambiti materiali e con riguardo a vicende diverse da quella che ha portato al giudizio odierno: la condizione del carattere “evidente” o “manifesto” della violazione. Sappiamo bene qual è la ragione che sta a base di siffatta strategia processuale, riportabile alla preoccupazione, intensamente avvertita dalla Corte, di potersi trovare esposta alla censura di sovrapporre ad una precedente decisione politica il proprio apprezzamento, esso stesso, intrinsecamente ed inevitabilmente, politico. Il sindacato sui decreti-legge, circoscritto – com’è noto – ai soli casi di “evidente mancanza” dei presupposti fattuali giustificativi della loro adozione, è altamente istruttivo al riguardo.

Qui, in buona sostanza, si ha la stessa cosa. Stranamente, tuttavia, la Corte sembra non avvedersi della circostanza per cui, per il mero fatto di porre la condizione in parola, inventata di sana pianta e priva di riscontro alcuno nella Carta, anziché mettersi al riparo dalla censura suddetta, spiana la via alla sua affermazione. Dove sta scritto, infatti, che una fonte di primo grado, qual è il decreto-legge, è passibile di controllo di costituzionalità unicamente laddove il vizio di cui sia affetto risulti

---

<sup>8</sup> La tendenza alla sempre più marcata emersione dell’“anima” politica della Corte rispetto a quella giurisdizionale – come si è soliti chiamarla – è rilevata, con non celata preoccupazione, da una nutrita schiera di studiosi (tra i quali, C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017, e, in prospettiva comparata, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti - E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018). Non ho dubbi a riguardo del fatto che la pronunzia in commento s’inscriva a pieno titolo in questo quadro.

<sup>9</sup> Lo rammenta la stessa Consulta, al punto 1.

<sup>10</sup> ... e, segnatamente, a quelle, richiamate al punto 3, di cui agli artt. 94, c. 5 e 72, c. 3, Cost.

<sup>11</sup> ... nondimeno esclusa a motivo del fatto che il ricorso non indicava le modalità con le quali il gruppo avrebbe deliberato la proposizione del conflitto.

<sup>12</sup> Punto 3.5.

“evidente”<sup>13</sup>? E, venendo al caso nostro, dove sta scritto che la sfera di competenze del parlamentare fatta oggetto di attacco da altro “potere dello Stato” meriti di essere protetta solo in presenza di “violazioni manifeste”? E, ancora, qual è il parametro o – se si preferisce dire altrimenti – quali sono gli indici rivelatori del carattere “evidente” della violazione?

Qui, ci si avvede subito del fatto che, imboccata la via prescelta dalla Corte, il giudizio sull’ammissibilità del ricorso viene fatalmente a confondersi con il sindacato sul merito dello stesso. Non a caso, d’altronde, ancora una volta manipolando la struttura delle proprie decisioni<sup>14</sup>, la pronuncia odierna, pur presentandosi come un’ordinanza di natura processuale, è in buona sostanza una sentenza sfavorevole nel merito ai ricorrenti; e delle sentenze riproduce la partizione interna risultante dal *ritenuto in fatto* e dal *considerato in diritto*. La Corte dà fondo alle sue non comuni, raffinate risorse argomentative per escludere che, nella circostanza, la violazione della competenza dei parlamentari fosse “evidente”; è però... *evidente* l’affanno dell’argomentazione stessa, reso ancora più marcato dalla posta in gioco, la violazione non essendosi consumata in occasione della discussione ed approvazione di una legge “qualunque” ma proprio della legge – per dirla con la stessa Corte – “in cui si concentrano le fondamentali scelte di indirizzo politico e in cui si decide della contribuzione dei cittadini alle entrate dello Stato e dell’allocazione delle risorse pubbliche: decisioni che costituiscono il nucleo storico delle funzioni affidate alla rappresentanza politica sin dalla istituzione dei primi parlamenti e che occorre massimamente preservare”<sup>15</sup>. Ed è sempre la Corte a dirci che “non v’è dubbio che le carenze lamentate dal ricorso abbiano determinato una compressione dell’esame parlamentare”<sup>16</sup>: se non “v’è dubbio”, la violazione è, dunque, certa, come certo è che la prassi, ormai inveterata, dei maxi-emendamenti “coperti” dalla posizione della questione di fiducia faccia a pugni col dettato costituzionale<sup>17</sup>. Né consola la circostanza per cui si tratta di prassi che si ripete da tempo (una convenzione ormai convertitasi in consuetudine *contra Constitutionem?*): argomento, questo, evocato nella stessa pronuncia in commento<sup>18</sup> che, lungi dal rendere ancora più saldo il ragionamento svolto, ulteriormente lo indebolisce, rimarcandosi il carattere reiterato e “manifesto” del *vulnus* recato al parlamentare.

2. *Lo slittamento dal piano della violazione “manifesta” delle competenze a quello della sua gravità e il conseguente “bilanciamento” al quale la stessa è assoggettata con altri interessi costituzionalmente protetti*

Il vero è che siffatto carattere non risulta dal suo modo oggettivo di essere, sì da potersene

---

<sup>13</sup> Ciò che, poi, come si è fatto in altri luoghi notare, equivarrebbe ad ammettere la sindacabilità degli atti di urgenza unicamente laddove la loro incompatibilità con la Carta sia talmente vistosa da comportare l’“anticostituzionalità”, piuttosto che la mera “incostituzionalità” degli atti stessi (così, A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.), traducendosi dunque nella loro invalidità “in senso forte” (R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.), vale a dire, in buona sostanza, nella loro radicale nullità-inesistenza. Solo che, ove così fosse, non vi sarebbe bisogno, al fine di avere accertata la sussistenza del vizio, che essi siano portati alla cognizione della Corte, alla quale di contro ci si rivolge al fine di avere la risoluzione di “controversie” – come sta scritto nell’art. 134 della Carta – in ordine alla osservanza della Carta stessa. Se poi si conviene con l’antico brocardo secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum*, parrebbe che il ricorso alla Consulta al fine di avere l’accertamento in parola, anziché non necessario, sia da considerare impossibile, giusta la previsione di cui all’art. 136 che fa decorrere l’effetto ablativo a far data dalla decisione della Corte. Se ne ha che, in presenza di atti affetti da radicale nullità, la Corte dovrebbe pronunciare la inammissibilità della questione che li assuma ad oggetto. Sappiamo, però, che così non è stato (e non è), avendo la Corte più volte (ad es., in [sent. n. 238 del 2014](#)) qualificato come “inesistenti” le norme portate alla sua cognizione, pronunciandosi ugualmente su di esse nelle forme usuali dell’annullamento.

<sup>14</sup> Il caso più di recente avutosi è dato – come si sa – dalla discussa [ordinanza n. 207 del 2018](#) su *Cappato*.

<sup>15</sup> Punto 4.1.

<sup>16</sup> Punto 4.2.

<sup>17</sup> Una conclusione, questa, sulla quale molti di noi (e da tempo) si riconoscono: riferimenti, ora, in G. PISTORIO, *Maxi-emendamento e questione di fiducia. Contributo allo studio di una prassi illegittima*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018).

<sup>18</sup> Punto 4.3.

affermare ovvero escludere a seconda dei casi la sussistenza, bensì dagli interessi in gioco, dalla posta in palio insomma. L'andamento dei lavori parlamentari ha, infatti, palesemente risentito della "lunga<sup>19</sup> interlocuzione con le istituzioni dell'Unione europea"<sup>20</sup>; e, dunque, si tratta in buona sostanza di stabilire se il risultato raggiunto (il varo della legge di bilancio) giustifica il (palese...) sacrificio del ruolo – ahimè sempre più meramente coreografico e simbolico, praticamente svilito – non soltanto dei singoli membri delle Camere ma, di più e peggio, di queste ultime nel loro complesso<sup>21</sup>.

Ora, aspettarsi una lagnanza da parte delle assemblee *ut sic* in relazione allo schiacciamento della loro competenza sarebbe stato (e un domani) sarebbe fuori della realtà, equivalendo a conti fatti ad un voto di sfiducia nei riguardi del Governo; ed è questa la ragione – dico di sfuggita – per cui occorre tenere rigorosamente distinti i casi di conflitto interorganico riguardanti l'operato di singoli parlamentari e coinvolgenti organi esterni alla istituzione parlamentare, quale la magistratura, dai casi in cui il conflitto risulti essere interno alla istituzione stessa (dunque, tra maggioranza ed opposizioni). Per la prima evenienza, infatti, ha senso mantenere la delibera dell'assemblea cui il parlamentare appartiene (come, ad es., si ha in materia d'insindacabilità<sup>22</sup>), un senso che invece chiaramente non si ha in alcun caso per la seconda: sarebbe come immaginare che la maggioranza, che abbia calpestato i diritti delle opposizioni, sia chiamata a proteggere coloro che appartengono a queste ultime dai soprusi commessi da... *se stessa*.

La Corte non lo dice chiaramente ma lascia perfettamente intendere di aver effettuato un "bilanciamento" tra fine e mezzo, giustificando il secondo alla luce del primo: la violazione della sfera costituzionale delle competenze del parlamentare, insomma, v'è stata (e, francamente, è assai arduo immaginare che possa darsene una ancora più grave e vistosa di questa) ma davanti allo scopo dell'accordo faticosamente raggiunto con la Commissione, preludio del varo della legge di bilancio non accompagnato dall'avvio della procedura d'infrazione agli obblighi discendenti dall'Unione, essa deve essere lasciata nell'ombra o, diciamo pure, restare impunita. In fondo, un bilanciamento era, con senso di responsabilità, sollecitato dagli stessi ricorrenti che – come si è rammentato – non chiedevano l'annullamento degli atti lesivi delle loro attribuzioni, contentandosi dell'*astratto* riconoscimento da parte del giudice costituzionale della bontà delle loro ragioni: un riconoscimento che – come pure si è accennato –, al tirar delle somme, non fa difetto nella sibillina chiusa della pronunzia, laddove si avverte che "in altre situazioni una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe portare a esiti differenti"<sup>23</sup>. Una chiusa studiamente cauta e, appunto, ambigua, per una duplice ragione: vuoi per l'ossimoro che potrebbe vedersi racchiuso nell'*incipit* dell'affermazione fatta ("altre", nel senso di diverse e "simile" nel senso di somigliante?)<sup>24</sup> e vuoi per il fatto che – quale che sia il *vulnus* di cui un domani dovesse aversi riscontro – non è affatto detto che esso sia sanzionato ("potrebbe"...).

Insomma, la Corte si riserva di autodeterminarsi come crede essere di volta in volta maggiormente opportuno, a seconda della posta in palio portando ora più in alto ed ora più in basso l'asticella della "evidenza" della violazione. Si consuma, come si vede, uno slittamento di piano di non poco rilievo, prestandosi strumentalmente il connotato della "evidenza" allo scopo di misurare la "gravità" della

---

<sup>19</sup> ... e – non è superfluo rammentare – particolarmente sofferta.

<sup>20</sup> Punti 4.4 e 4.5.

<sup>21</sup> Temo che non sia ormai più differibile interrogarsi se sia ancora oggi appropriato etichettare come "parlamentare" la forma di governo del nostro Paese, pur negli originali, incerti e confusi sviluppi avutisi specie nel tempo a noi più vicino.

<sup>22</sup> ... in relazione alla quale, nondimeno, l'appartenenza del parlamentare allo schieramento di maggioranza ovvero a quello delle opposizioni potrebbe ugualmente fare aggio sulla bilancia, orientando il deliberato dell'assemblea nell'uno ovvero nell'altro verso e giustificando pertanto, a salvaguardia del parlamentare, l'eventuale prospettazione di un ricorso per conflitto avverso il deliberato stesso (A. SAIITA, *Conflitti di attribuzioni, poteri dello Stato, garanzia dell'insindacabilità e tutela costituzionale del singolo parlamentare*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2001, 305 ss., spec. 328 ss.).

<sup>23</sup> Punto 4.5.

<sup>24</sup> Non è detto, però, che l'ossimoro davvero vi sia: "altre" potrebbe, infatti, significare tanto diverse quanto simili e persino uguali. Si vedrà, in prossime vicende processuali, come sciogliere il dubbio.

violazione, da quest'ultima facendosi dipendere l'esito del bilanciamento. È tuttavia da chiedersi quale mai possa essere il pratico effetto di un ipotetico accertamento della violazione stessa laddove quest'ultima si sia avuta in occasione dell'approvazione della legge di bilancio, ove si convenga a riguardo del fatto che immaginare la caducazione di quest'ultima, nella presente congiuntura segnata da un'avanzata integrazione sovranazionale, potrebbe rivelarsi un autentico esercizio accademico, incalcolabili essendo i guasti che potrebbero aversene al piano dei rapporti con i *partners* europei e gli operatori internazionali (con lo *spread* schizzato alle stelle, le conseguenti speculazioni dei mercati, e via dicendo). Non credo che la Corte si renderebbe facilmente disponibile ad assumersi una responsabilità politica (in senso largo e diffuso) di tale entità né, come si diceva, verosimilmente ciò le sarebbe chiesto<sup>25</sup>.

Il timore è, allora, che resti sterile il monito racchiuso in coda alla decisione in commento, al pari della sollecitazione rivolta dal confessore al peccatore pentito: “non farlo mai più ma, se dovessi rifarlo, io sono qui pronto ad assolverti nuovamente”.

---

<sup>25</sup> Non dimentichiamo quanto stiano a cuore ai massimi garanti del sistema le ragioni riportabili al complessivo equilibrio del sistema stesso ed alla sua tenuta, secondo quanto ha testimoniato la pur discussa (e discutibile) vicenda relativa al diniego della nomina di Savona quale Ministro dell'economia.

**Entela Cukani**  
**Il right to ridicule a religion in Gran Bretagna:**  
**espressione satirica e libertà di religione al tempo delle migrazioni**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’ambito della ricerca. – 3. Libertà di espressione e blasfemia tra mera tolleranza e libertà religiosa. – 4. La *blasphemy libel* e le sfide del multiculturalismo. – 5. Il diritto di *ridicule a religion* e il reato di incitamento all’odio religioso. – 6. La transizione dei *British values: ridere dell’altro*, tra inter-culturalismo ed esigenze di sicurezza nazionale.

### 1. Premessa

L’inarrestabile espansione che il diritto di manifestazione del pensiero, a partire dalla fine del secondo dopoguerra, ha conosciuto nelle liberaldemocrazie si trova oggi a subire limiti sempre più stringenti, derivanti dalla più antica libertà del costituzionalismo liberaldemocratico: quella religiosa. Una libertà, quest’ultima, il cui riconoscimento, com’è noto, ha aperto la strada alla garanzia di tutte le altre libertà considerate inviolabili (compresa ovviamente quella di espressione)<sup>1</sup>.

Gli episodi di violenza scaturiti da pubblicazioni satiriche (secondo i parametri culturali dell’Occidente), il cui contenuto era stato considerato blasfemo da parte di gruppi estremisti, ha riaperto il dibattito intorno al rapporto tra le due libertà in questione. Il caso delle vignette satiriche del giornale danese *Jylland-Posten* nel 2005 e quello dell’eccidio dei giornalisti di *Charlie Hebdo* nel 2015 sono solo alcuni degli esempi più noti. La questione del bilanciamento tra le due libertà qui considerate, pertanto, oggi più che mai s’intreccia in modo indissolubile con il tema delle misure adottate per preservare l’ordine pubblico, alla luce dell’esigenza di tutelare la “sicurezza nazionale”. Quest’ultima è venuta così ad assumere il ruolo di “super-principio” per la cui salvaguardia sempre più spesso si adottano restrizioni dei diritti e delle libertà con misure, talvolta, drastiche. Dall’11 settembre del 2001 in poi, in effetti, il tema della restrizione dei diritti e delle libertà fondamentali per preservare la sicurezza nazionale da atti di terrorismo internazionale è imprescindibile per l’analisi dei due diritti in questione. Di contro, in reazione alla matrice fondamentalista islamica degli attacchi terroristici si riscontra una tendenza alla “sacralizzazione” della libertà di espressione, quale irrinunciabile valore dell’Occidente. Quanto da ultimo affermato trova conferma nella diffusione del motto “*Je suis Charlie Hebdo*” nei mezzi di comunicazione e nei *social media* all’indomani dell’attentato avvenuto presso la sede del giornale parigino il 7 gennaio del 2015.

All’introduzione di misure urgenti di contrasto al terrorismo, adottate da parte dei legislatori, che hanno compresso, in alcuni casi in modo eccessivo taluni diritti (c.d. “*Law of fears*”), si sono poi affiancate le decisioni della giurisprudenza sulla proporzionalità delle misure legislative in rapporto all’incidenza sulla tutela dei diritti fondamentali<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in P. RIDOLA - R. NANIA (curr.), *I diritti costituzionali*, II ed., vol. I, Torino 2001, 8 ss.; G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Roma-Bari 2003; e in generale, per la libertà religiosa, si rinvia al grande classico di F. RUFFINI, *La libertà religiosa*, vol. I, *Storia dell’idea*, Torino 1901 (ripubblicato da Feltrinelli, Milano 1967, con introduzione di A.C. JEMOLO e, nel 1991, con postfazione di F. MARGIOTTA BROGLIO).

<sup>2</sup> Tra i molti, cfr. A. BARAK, *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur. cost.* 2002, 3385 ss.; T. GROPPI (cur.), *Democrazia e terrorismo*, Napoli 2006; R. Bin, *Democrazia e terrorismo*, in C. DE MAGLIE - S. SEMINARA (curr.), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova 2007, 39 ss. (e in [Forum di Quaderni costituzionali](#)); G. DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo* in [Federalismi.it](#), 10/2015; ne mette in evidenza le eccessive limitazioni per la libertà di espressione, invece, M. MANETTI, *Una stagione di fioritura della libertà di pensiero è ormai alle spalle*, in [RivistaAIC](#), 3/2016. G. POGGESCHI, [Ridere e deridere. La satira negli USA ed in Francia fra libertà individuale ed esigenze collettive](#), in questa [Rivista Studi 2018/I](#), 165 ss.

Le stesse categorie della secolarizzazione e della laicità<sup>3</sup>, che per un lungo tempo hanno connotato il modo<sup>4</sup> attraverso il quale gli Stati occidentali hanno gestito il pluralismo religioso segnando il “punto di arrivo di un modello comune europeo”<sup>5</sup>, sono oggi soggette a forti mutamenti.

Consustanziale alla stessa formazione degli Stati europei, in quanto condizione indispensabile per consacrare e legittimare la Corona titolare del potere sovrano<sup>6</sup>, come noto, dall’*ancien régime* in poi, lo *status* di “religione di Stato” fu declinato secondo il principio della separazione tra Stato e Chiesa in linea con il paradigma efficacemente espresso dalla formula hobbesiana “*auctoritas non veritas facit legem*”. È vero che alcune tra le più importanti democrazie europee (Italia, Spagna, Regno Unito, Irlanda, Grecia, Danimarca, Islanda, Norvegia)<sup>7</sup>, per ragioni storiche, hanno mantenuto un regime di preferenza per alcune confessioni; tuttavia, la più marcata tendenza riscontrabile negli ordinamenti europei è stata quella al riconoscimento della libertà religiosa come diritto fondamentale, rientrante tra i diritti soggettivi pieni dell’individuo.

Alla “privatizzazione” dell’esperienza religiosa<sup>8</sup>, poi, si è affiancato il riconoscimento della neutralità dello Stato<sup>9</sup> nei confronti del fenomeno religioso; gli ordinamenti statali hanno adottato, infatti, misure volte a vietare ogni forma di discriminazione, compresa quella per motivi religiosi. In più, la libertà religiosa trova protezione anche a livello sovranazionale europeo ed in diversi strumenti di diritto internazionale<sup>10</sup>. Una tutela, tuttavia, che nella sua accezione pluralistica, si interseca con le nozioni di “ordine” e “morale pubblica”, e che nella necessaria armonizzazione con altri valori subisce dei limiti<sup>11</sup>.

Parimenti, la libera manifestazione del pensiero costituisce una *condicio sine qua non* dello sviluppo della liberaldemocrazia. In effetti come è stato osservato, la democraticità di un ordinamento

---

<sup>3</sup> Ambedue intesi come sinonimi di quel processo indicato come «un ritirarsi del diritto e dello Stato di fronte a questioni strettamente religiose, una rinuncia a presidiare la soluzione da tali questioni con il diritto»: così N. COLAIANNI, *La libertà religiosa come test di democrazia*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2/2015, 320.

<sup>4</sup> Cfr. A. BARBERA, *Il cammino della laicità*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 giugno 2004.

<sup>5</sup> Cfr. S. FERRARI, *Diritto naturale e laicità*, nelle Attualità di *Il Regno*, 8/1995, 244.

<sup>6</sup> Come è stato autorevolmente osservato, tale imprescindibile binomio tra sovrano ed utilizzo della religione come fonte di consacrazione del monarca, risulta essere comune «sia a quei sistemi, quali l’Inghilterra, dove attraverso il *Supremacy Act* del 1534 si consacrava una chiesa nazionale anglicana capeggiata dal re, sia in quei sistemi (il regno di Francia del 1515 e del periodo napoleonico), dove i rapporti tra monarca e religione venivano disciplinati per il tramite di accordi di natura convenzionale»: G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, IX ed., Padova 2013, 515.

<sup>7</sup> Su tali aspetti si rinvia a S. FERRARI, *Church and State in Europe. Common Pattern and Challenges*, in *European Journal for Church and State Research*, 1995, v. 2, 149 ss.; S. FERRARI - I.C. IBAN, *Diritto e religione in Europa occidentale*, Bologna 1997; C. MIRABELLI - F. ONIDA, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Bologna 2000, 95 ss.

<sup>8</sup> Individuabile non soltanto nella circostanza che «è l’individuo a riappropriarsi di essa [...] come un valore della persona», ma anche nel fatto che la sua tutela «non provenga soltanto imperativisticamente dallo Stato, ma anche dall’intero ordinamento dei consociati, nell’ambito quindi delle relazioni tra quest’ultimi»: così A. FUCCILLO, *La dimensione privatistica della libertà religiosa*, in M. TEDESCHI (cur.), *La libertà religiosa*, tomo I, Soveria Mannelli, 2001, 172.

<sup>9</sup> Neutralità che non va intesa come indifferenza dello Stato nei confronti dei diversi credo religiosi, ma piuttosto come rispetto ed eguale dignità degli stessi. La posizione di neutralità dello Stato, così intesa, deve tutelare il sentimento religioso sia nella sua accezione positiva che in quella negativa (quale diritti dei non credenti). Su tali aspetti, cfr. N. COLAIANNI, *Diritto pubblico delle religioni. Eguaglianza e differenze nello Stato costituzionale*, Bologna 2012, 21 ss.; S. FERRARI, *La libertà di religione nell’epoca della diversità*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1/2018, 283 ss.

<sup>10</sup> Nell’attuale contesto legislativo europeo, la libertà di religione, oltre che tutelata dall’art. 9 CEDU, viene “costituzionalizzata” con l’adozione della Carta europea dei diritti fondamentali il cui art. 22 prevede l’esplicito obbligo in capo all’Unione di rispettare la diversità culturale, religiosa e linguistica. In ambito internazionale, invece, costituiscono strumenti importanti per la tutela della libertà religiosa la Dichiarazione universale dei diritti umani dell’Onu del 1948 (art. 2), l’art. 18 del Patto sui diritti civili e politici del 1966, nonché la Dichiarazione sull’eliminazione di tutte le forme di intolleranza e discriminazione fondate sulla religione o credo, adottata dall’Assemblea Generale dell’Onu nel 1981.

<sup>11</sup> Il secondo comma dell’art. 9 CEDU stabilisce che la libertà di manifestare la propria religione ed il proprio credo può essere soggetta a delle restrizioni che costituiscono misure necessarie «alla pubblica sicurezza, alla protezione dell’ordine, della salute o della morale pubblica, o alla protezione dei diritti e della libertà altrui». Analoghe le limitazioni previste anche dall’art. 29 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo approvata dall’Assemblea generale dell’ONU nel 1948.



è direttamente proporzionale al grado di riconoscimento e di attuazione della libera manifestazione del pensiero<sup>12</sup>. Un rapporto, quello tra democrazia e libertà di espressione, che risulta essere inscindibile, visto che «non vi sarebbe un *prius* e un *posterius*», essendo la prima contenuto della seconda e l'assetto democratico condizione indispensabile della libera manifestazione del pensiero<sup>13</sup>. Essa è una libertà per certi versi scomoda, in quanto per sua stessa natura poliedrica e, pertanto, difficilmente inquadrabile entro predefinite e rigide classificazioni. Si tratta di una libertà negativa che, nelle sue forme di esternazione, subisce limitazioni per proteggere altri diritti ed è, pertanto, priva, del carattere dell'assolutezza<sup>14</sup>. La libertà di espressione, al pari di quella religiosa, trova il proprio fondamento normativo e, al tempo stesso, una serie di limiti tanto nella dimensione degli ordinamenti statali quanto in quelle del diritto convenzionale e di quello internazionale<sup>15</sup>.

Trattasi, dunque, di due diritti fondamentali di pari valore, destinati spesso ad integrarsi (l'uno può essere una forma di manifestazione dell'altro), e che, in quanto "libertà fra libertà"<sup>16</sup>, non sono esenti da limiti, trovando nella dignità dell'uomo il valore costituzionale irrinunciabile, e il "*common good*", il bene principale da preservare, in riferimento al quale effettuare una composizione in caso di loro contrasto.

Non poche, tuttavia, sono le novità che, specialmente dagli anni '90 in poi, hanno segnato il cammino delle due libertà negli ordinamenti democratici. Da una parte, a seguito della caduta del Muro di Berlino, si è avuta, nell'Europa centro-orientale, l'affermazione di nuovi Stati indipendenti, contraddistinti dal prototipo della stretta coincidenza tra identità nazionale e appartenenza religiosa, fungendo l'appartenenza ad un comune credo religioso da collante nel processo di riedificazione civile di tali ordinamenti<sup>17</sup>. Dall'altra parte, invece, per dare adeguata risposta alle esigenze che si sono palesate all'interno di un corpo sociale che a seguito delle ondate migratorie è risultato essere sempre più composito, nel quale i nuovi gruppi minoritari rivendicano proprie tradizioni e culture, anche gli ordinamenti delle più consolidate liberaldemocrazie hanno dovuto adottare misure dirette a preservare le diversità nell'eguaglianza. Tuttavia, lo schema della tutela delle minoranze etniche attraverso il riconoscimento di misure dirette a proteggere le peculiarità linguistiche e culturali è risultato essere poco adattabile alle "iperminoranze"<sup>18</sup>, nelle quali confluiscono gruppi differenti, accomunati dall'appartenenza al medesimo credo religioso. Sarebbe questo, ad esempio, il caso della comunità musulmana o di quella ebraica<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna 2004, 12 ss.

<sup>13</sup> Così M. PARISI, *Satira e religioni nel prisma della libertà di espressione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2/2015, 390.

<sup>14</sup> Per un quadro di sintesi di tali aspetti della libertà di espressione cfr. P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975 e, per una puntuale ricostruzione dei limiti che la stessa può, subire P. Caretti, *Manifestazione del pensiero*, in *Diz. dir. pubbl.*, IV (2006), 3571 ss.

<sup>15</sup> Inizialmente prevista dall'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la libertà di espressione, a livello di diritto eurounitario, viene prima istituzionalizzata con l'adozione della Convenzione europea dei diritti umani, il cui art. 10 (2) prevede un elenco tassativo delle ipotesi nelle quali tale diritto può subire delle limitazioni, nonché dall'art. 11 della Carta dei diritti umani fondamentali dell'Unione europea del 2000 che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dal 2009 è diventata vincolante per tutti i Paesi membri.

<sup>16</sup> Così S. GAMBINO, *Laicità e Stato. La ricerca di un dialogo difficile ma necessario; le opportunità offerte dalle esperienze costituzionali comparate e dalle relative esperienze*, in N. FIORITA - D. LOPRIENO (curr.), *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze 2009, 14 ss.

<sup>17</sup> Evidenzia tali aspetti, con particolare riguardo al riemergere del «modello di Chiesa nazionale» nei Paesi a maggioranza ortodossa dell'Europa del centro e dell'est, S. CECCANTI, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multi-etnica*, Bologna 2001, 29 e 79 ss.; sul punto, v. *amplius* anche S. FERRARI - W.C. DURHAM - E.A. SEWELL (curr.), *Diritto e religione nell'Europa post-comunista*, Bologna 2004. Simile anche il caso della Chiesa cattolica in Croazia e, più di recente, dell'Islam quale strumento di identità nazionale per alcuni Stati dei Balcani occidentali. Sul punto, cfr. A. ELBASANI - O. ROY (curr.), *The revival of Islam in the Balkans. From identity to religiosity*, Basingstoke, 2015.

<sup>18</sup> Il termine di «iperminoranze» è impiegato da G. POGGESCHI, *Introduzione*, in ID. (cura di), *Le iperminoranze*, Lecce 2012, 7 ss. Nel presente lavoro, il termine viene impiegato come una "definizione ombrello" per ricomprendervi la molteplicità di soggetti che vengono definiti quali comunità, sia al di fuori dai confini dello Stato di appartenenza che all'interno dello stesso, sulla base dell'appartenenza alla religione. Sarebbe tali i casi della comunità ebraica e di quella musulmana.

<sup>19</sup> Cfr. S. JAKELIC, *Collectivistic Religions. Religion, Choice and Identity in Late Modernity*, Farnham 2012.

Nell'ambito delle politiche volte a promuovere il multiculturalismo<sup>20</sup>, in alcuni ordinamenti come quello della Gran Bretagna<sup>21</sup>, l'appartenenza ad un gruppo religioso è stata valorizzata sulla base delle costruzioni teoriche e giuridiche inerenti alla "razza" e alla "cultura" ed ha ispirato svariate misure di protezione contro atti di discriminazione, anche per motivi religiosi<sup>22</sup>. Negli stessi ordinamenti liberaldemocratici, sono emerse, inoltre, nuove esigenze di riconoscimento differenziato e di tutela delle diversità da parte di determinate comunità tipizzate prevalentemente sulla base dell'appartenenza ad un credo religioso. Non poche, tuttavia, sono le sfide, visto che si tratta di comunità nelle quali non v'è consapevolezza né della distinzione tra Stato e religione né, ancora prima, di quella tra sfera privata e sfera pubblica delle libertà; i diritti e i doveri degli appartenenti a tali comunità non si fondano, quindi, sulla categoria della cittadinanza, bensì sull'adesione a un dato credo religioso<sup>23</sup>.

Pertanto, in epoca recente, alla progressiva de-secolarizzazione della società occidentale si è affiancato sempre più spesso ed in molteplici forme un processo inverso di ri-politicizzazione del fattore religioso. Il ritorno della religione nella sfera pubblica, tra l'altro, ha avuto e sta avendo luogo in una modalità inedita per la storia dell'Occidente, venendo meno il monopolio tanto della tradizione cristiana<sup>24</sup> quanto del modello del "*religious centered State*"<sup>25</sup>.

L'aspirazione che ha animato le suddette politiche era quella a che si sviluppasse una weberiana "convivenza dei valori"<sup>26</sup>, dandosi vita, in tal modo, a nuovi valori condivisi da tutti gli individui; ma così non è stato o, comunque, tale risultato è stato raggiunto in minima parte.

In tale processo di ridefinizione del rapporto tra dimensione pubblica e sfera del sacro, gli Stati ospitanti sono stati sollecitati ad introdurre misure dirette a mettere al riparo le religioni e i sentimenti dei credenti da forme estreme e offensive di esternazione del pensiero. Com'è evidente, in siffatto contesto, l'espressione satirica – che, per sua natura, non rispetta i canoni di una manifestazione del pensiero equilibrata, enfatizzando e deformando la realtà per provocare il riso sulla base del principio

---

<sup>20</sup> Come noto, la "società multiculturale" presuppone una convivenza su di uno stesso territorio nazionale di gruppi sociali dei quali siano riconosciuti i caratteri distintivi (culturali, etnici, valori e pratiche religiose), in assenza di conflitti. Tra i molti, cfr. I. MARION YOUNG, *City Life and Difference*, Princeton 1990; W. KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, trad. it., Bologna 1999; A. GUTMANN (cur.), *Multiculturalismo. La politica del riconoscimento*, trad. it., Milano 1995; J. TULLY, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge 1995. Per un quadro di sintesi delle diverse correnti di pensiero sul multiculturalismo cfr. P. DONATI, *Oltre il multiculturalismo*, Roma-Bari 2008; E. CECCHERINI, voce *Multiculturalismo (dir. com)*, in *Dig./Pubbl.*, Agg., Torino 2008, 486 ss.

<sup>21</sup> Cfr. *infra*, par. 5.

<sup>22</sup> Come ricorda N. COLAIANNI, *Diritto di satira e libertà religiosa*, in N. FIORITA - D. LOPRIENO (curr.), *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, cit., 41, «il linguaggio giuridico dei diritti umani, costruito in questo contesto, non appare più in grado di catturare a livello internazionale le differenze razziali, culturali, religiose e linguistiche»; *amplius*, su tali aspetti, C. GEERTZ, *Religion as a Cultural System, Interpretation of Cultures: Selected Essays*, New York 1973, 87 ss.; T. MODOOD, *State-Religion Connections and Multicultural Citizenship*, in J.L. COHEN - C. LABORDE (curr.), *Religion, Secularism, & Constitutional Democracy*, Chichester- West Sussex, 2016, 182 ss.

<sup>23</sup> Sarebbe tale il caso dell'Islam: nonostante la moltitudine delle differenti correnti, i precetti coranici e i principi sciariatici trovano applicazione a tutta l'*Umma*, ossia la comunità dei fedeli musulmani complessivamente intesa. Per le linee essenziali del pensiero giuridico islamico cfr. C. SBAILÒ, *Principi sciariatici e organizzazione dello spazio pubblico nel mondo islamico. Il caso egizio*, Padova 2012; sulle problematiche di compatibilità tra Islam e democrazia costituzionale, dove si evidenziano sfide poste dal primo, tanto sul piano demografico che su quello culturale, e "crisi del diritto" in Occidente, sempre dello stesso Autore, *I diritti di Dio. Le cinque sfide dell'Islam all'Occidente*, e-book, Padova 2016.

<sup>24</sup> Per una puntuale disamina di tali aspetti, S. MANCINI - M. ROSENFELD (curr.), *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*, Oxford 2013. Più recentemente, invece, parte della dottrina ecclesiasticista ha sottolineato la tendenza in atto nei Paesi eurocentrici a far coincidere «nuovi populismi» con il fattore religioso. Si vedano, a tal proposito, i contributi sul tema raccolti nel numero speciale di *Quad. dir. pol. eccl.*, 2/2017.

<sup>25</sup> Così S. FERRARI, *Introduction. The challenge of law and religion*, in Id. (curr.), *Routledge Handbook of Law and Religion*, Abingdon 2015, 7 ss., che evidenzia come «*The ideal of strict separation of State and religions seems to be less strong today than two or three decades ago. The return of religions to the public square has encouraged strategies based on the cooperation, in many different forms, between States and religious organizations*».

<sup>26</sup> M. WEBER, *La scienza come professione. La politica come professione* (1919), trad. it., Torino 2004.

“*castigat ridendo mores*” –, pone problemi di notevole difficoltà. Quello che, dunque, costituisce oggetto della presente analisi è un ambito delicato, nel quale la libertà religiosa e la libertà di espressione possono entrare facilmente in collisione. Inoltre, quando è rivolta a identità collettive tipicizzate e qualificate dagli ordinamenti in base al credo religioso, la satira finisce necessariamente per essere percepita come un atto offensivo, vilipendioso, blasfemo. Il limite tra tutela penale delle organizzazioni religiose da atti offensivi e vilipendiosi e quello della tutela del sentimento dei credenti, in tali situazioni, diventa così estremamente sottile, come dimostrano anche le novità legislative introdotte negli ultimi anni negli ordinamenti liberaldemocratici dirette a punire le tipologie di *hate crime* e *hate speech*<sup>27</sup>. Quel che si richiede da parte delle comunità minoritarie agli Stati ospitanti è il divieto di “diffamazione delle religioni”<sup>28</sup> e l’estensione delle figure criminose poste a garanzia delle religioni tradizionali, ove normativamente previste. In particolare, si domanda soprattutto l’estensione del reato di blasfemia, laddove ancora in vigore, oppure un ripristino dello stesso laddove abrogato, a tutte le religioni<sup>29</sup>.

Il diritto secolarizzato degli Stati europei deve oggi, dunque, essere utilizzato per gestire i problemi di un corpo sociale nel quale, a dispetto delle politiche multiculturali finora praticate, non è affatto venuta meno la dimensione del conflitto<sup>30</sup>. La diversità culturale e religiosa finisce così con il costituire il nucleo attorno al quale ruota l’intera problematica della compatibilità delle misure di tutela richieste dalle varie comunità con i principi del costituzionalismo liberaldemocratico.

## 2. L’ambito della ricerca

Le evoluzioni che, in tale ambito, hanno coinvolto l’ordinamento britannico offrono una visuale di particolare interesse.

---

<sup>27</sup> Per un’analisi in visione comparata, cfr. A. GIANFREDA, *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia)*, Milano 2012; C. CIANITTO, *Quando la parola ferisce. Blasfemia e incitamento all’odio religioso nella società contemporanea*, Torino 2016.

<sup>28</sup> Termine che fa la sua prima apparizione all’interno del Consiglio sui diritti umani delle Nazioni Unite nel 1999 nell’agenda «*Racism, Racial Discrimination, Xenophobia, and all Forms of Discrimination*» (E/CN.4/1999/L.40). La proposta venne avanzata da parte dei rappresentanti del Pakistan per l’adozione di misure dirette a vietare la diffamazione dell’Islam. Rimasto senza una precisa definizione, una sua più compiuta formulazione ed applicazione venne rivendicata dalla Organizzazione sulla Conferenza Islamica (attuale Organizzazione per la Cooperazione Islamica - OIC) nel Summit del 2011 che, con riguardo alle raffigurazioni del Profeta tramite i cartoni, hanno richiamarono la responsabilità dei governi dei Paesi occidentali «*to ensure the full respect of all religions and religious symbols and the inapplicability of using the freedom of expression as a pretext to defame religions*»: OIC, *Final Communiqué, Islamic Summit Conference*, 3rd extr. sess. (7 - 8 December 2005), part II, par. 3. Di fatto, nel 2007, con specifico riferimento alle vignette danesi, lo stesso Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite si è espresso a favore della «lotta contro la diffamazione delle religioni». Da più parti, tuttavia, si è sottolineato che l’adozione di un’apposita convenzione a livello internazionale, che vieti la «diffamazione delle religioni», comporterebbe dei limiti eccessivi alla libertà di espressione: cfr. S. PARMAR, *The Challenge of “Defamation of Religions” to Freedom of Expression and International Human Rights*, in 3 *Eur. H. R. L. Rev.*, 2009, 353 ss.; R.A. KAHN, *A Margin of Appreciation for Muslims: Viewing the Defamation of Religions Debate through Otto-Preminger-Institut v. Austria*, in 5 *Charleston L Rev*, 2011, 401 ss.; L. LANGER, *Religious Offence and Human Rights. The Implications of Defamation of Religions*, Cambridge, 2014. Come è stato notato, le richieste sulla «diffamazione delle religioni» sono andate di pari passo con quelle di estendere la figura del reato di blasfemia anche alle altre religioni, indicando una quasi coincidenza dei due termini: così J. TEMPERMAN, *Blasphemy, Defamation of Religions and Human Rights Law*, in 26 *Neth Q Hum Rts*, 2008, 517 ss.

<sup>29</sup> Già dopo i fatti dei “cartoni danesi”, l’Organizzazione della Conferenza islamica dichiarò espressamente gli stessi come “blasfemi”: OIC, *Final Communiqué, Islamic Summit Conference*, 11th sess., OIC/SUMMIT-11/2008/ FC/Final (14 March 2008), par. 177. Sul caso dei “cartoni danesi” v. J. KLAUSEN, *The Cartoons that Shook the World*, New Haven 2009; sugli accessi dibattiti sulla natura della blasfemia dopo le stragi di Parigi, invece, v. A. MELLONI - F. CADEDDU, F. MELONI, *Blasfemia, diritti e libertà. Una discussione dopo le stragi di Parigi*, Bologna 2016.

<sup>30</sup> Su tali problematiche del diritto costituzionale degli Stati si vedano le relazioni di V. ANGIOLINI, *Diritto costituzionale e società multiculturale* e di G.C. FERRONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2015. La Scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, Napoli 2017, 93 ss. e 207 ss.

Il Regno Unito, com'è noto, è la culla del costituzionalismo liberaldemocratico, i cui principi e istituti successivamente (e poi anche nella declinazione francese) hanno trovato ampia diffusione nel mondo occidentale. D'altro canto, come noto, si tratta di un ordinamento contraddistinto dalla storica posizione privilegiata della Chiesa anglicana, il che lo pone "quantomeno sotto il profilo formale [...] lontano dall'idea di laicità"<sup>31</sup>, fatta propria, pur con accenti diversi, da altre democrazie europee.

In tale ordinamento, nel quale la figura della *common law blasphemy* ha una lunga tradizione (abrogata nel 2008 in Inghilterra, la fattispecie è ancora prevista in Irlanda), la tutela della libertà di espressione, nonostante trovi proprio nella letteratura britannica alcune tra le più raffinate costruzioni teoriche come quelle di J.S. Mill<sup>32</sup>, non è presidiata da una clausola simile a quella del Primo Emendamento della Costituzione statunitense.

Si tratta, d'altro canto, di un ordinamento che, nell'intento di disciplinare la complessità del dialogo con le diverse culture, è passato da un modello multinazionale all'adozione di politiche del multiculturalismo, diventando così, in Europa, il modello multiculturale *par excellence*. L'apertura al riconoscimento dei diritti differenziati è avvenuta tramite l'adozione di forme di tutela dell'appartenenza identitaria comunitaria, tra cui soprattutto la concessione di diritti ai gruppi, i cui rappresentanti (religiosi e culturali) intrattengono rapporti tra le comunità e lo Stato. Sulla scorta della *reasonable accommodation theory*<sup>33</sup>, sono state introdotte eccezioni e deroghe alla normativa nazionale, come nella legislazione riguardante i diritti d'esenzione dai codici d'abbigliamento per la comunità Sikh<sup>34</sup> o quella inerente alla macellazione rituale compiuta secondo i precetti di alcune religioni<sup>35</sup>, giungendosi, infine, a riconoscere persino forme di giurisdizione differenziata<sup>36</sup>.

Tralasciandosi l'incompiuto processo di *Brexit*, deve aggiungersi, poi, l'adozione dello *Human Rights Act* nel 1998 (in vigore dal 2000), che ha incorporato la CEDU nel sistema britannico, con non pochi problemi di coordinamento tra potere legislativo e giudiziario e tra questi e la giurisprudenza della Corte Edu<sup>37</sup>.

Nel complesso, si può affermare che si tratta di un ordinamento fortemente contraddistinto dal pluralismo delle fonti e delle identità, nel quale il difficile bilanciamento tra le libertà di espressione e di religione è stato oggetto, già da tempo, di pronunce giurisprudenziali. Tenendo in considerazione le peculiarità del sistema della *common law*, è proprio attraverso una disamina di tali pronunce che si vuole seguire l'evoluzione del rapporto tra libertà di espressione e libertà di religione, concentrando l'attenzione sulle trasfigurazioni della *common law offences of blasphemy*.

---

<sup>31</sup> A. TORRE, *Dall'antica intolleranza al moderno pluralismo: credo religioso e vita pubblica nell'evoluzione della Costituzione britannica*, in *Dir. pubbl. com. eur.*, 1/2005, 261 ss.

<sup>32</sup> J. S. MILL, *On liberty*, (1859), ora ristampato in J. GRAY - G.W. SMITH (curr.), *J. S. Mill "On liberty" in focus*, London-New York 1991, 23 ss.

<sup>33</sup> A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions. Cultural differences and women's rights*, Cambridge 2001; per un'analisi del pluralismo giuridico derivante dall'accomodamento ragionevole si veda R. SCARCIGLIA, *Methodological Pluralism and Legal Comparison*, in R. SCARCIGLIA - W. MENSKI (curr.), *Islamic Symbols in European Courts*, Padova 2014, 27 ss.

<sup>34</sup> Come previsti dal *Motor Cycle Act* del 1974 e *The Employment Act* del 1989, che disciplinano delle esenzioni per la comunità Sikh nell'indossare il loro tipico turbante al posto del casco in motocicletta o del copricapo protettivo nei luoghi di lavoro.

<sup>35</sup> Con particolare riferimento alla religione ebraica, ivi prevedendo giornate di chiusure differenziate per tali negozi, ossia il sabato invece che la domenica, così come previsto dallo *Shops Act* del 1950, sostituito dal *Sunday Trading Act* del 1994.

<sup>36</sup> Per il funzionamento della giurisdizione differenziata nell'ordinamento britannico, cfr. R. GHRIFFITH - JONES (curr.), *Islam and English Law. Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a*, Cambridge 2013; A. RINELLA - M.F. CAVALCANTI, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2017, 68 ss.

<sup>37</sup> Per tali problematiche nell'ordinamento britannico post-adozione dello *Human Rights Act* si rinvia a P. CRAIG, *Political Constitutionalism and the Judicial Role: A Response*, in *9 Int'l J. Const. L. (I-CON)* (2011); N. BAMFORTH, *Current issues in United Kingdom constitutionalism: An introduction*, in *I-CON* (2011), Vol. 9 No. 1, 79 ss.; N. BARBER, *The Afterlife of Parliamentary Sovereignty*, in *9 Int'l J. Const. L. (I-CON)* (2011); R. BELLAMY, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, in *9 Int'l J. Const. L. (I-CON)* (2011).

### 3. Libertà di espressione e blasfemia tra mera tolleranza e libertà religiosa

Nella “*Family of Nations*” britannica, il riconoscimento delle diversità culturali e dell’identità del popolo (inizialmente solo in senso multinazionale) si è sviluppato all’interno del processo di “deistituzionalizzazione” del rapporto tra Stato ed *established Church of England*. Processo, questo, che è andato di pari passi con l’apertura prima a forme di tolleranza e, poi, di libertà per le religioni diverse da quella anglicana, anche se pur sempre appartenenti al cristianesimo<sup>38</sup>.

Proprio nell’iniziale approccio che istituzionalizzava il rapporto tra Chiesa e Stato, si è sviluppata anche la fattispecie della blasfemia, originariamente connotata in senso politico. Come noto, con la separazione dalla Chiesa di Roma nel 1534, il sovrano divenne anche capo della Chiesa Anglicana; pertanto, ogni offesa a quest’ultima costituiva anche un oltraggio alle istituzioni dello Stato. In quanto politicamente pericolose, solo le opinioni riguardanti la Chiesa Anglicana potevano, dunque, essere punibili penalmente attraverso le norme sulla *blasphemy*, transitando, tra l’altro, la competenza a decidere su tale reato dalle strutture giurisdizionali ecclesiastiche alle Corti della *common law*. Il tutto viene ben espresso dalla decisione del giudice Hale del 1676 che, nel giudicare contro il signor Taylor che aveva bestemmiato pubblicamente contro la religione cristiana e quella anglicana, aveva specificato che il cristianesimo era “*law of the Land*” e che le parole blasfeme erano sovversive in quanto costituivano al contempo un’offesa a Dio, allo Stato e al Governo. La competenza a decidere sulla punibilità dei reati di blasfemia, pertanto, spettava alle corti dello Stato e non più ai tribunali speciali<sup>39</sup>. Si dava, così, vita ad un’autonoma fattispecie di reato che sarebbe stato inizialmente disciplinato dal *Blasphemy Act* del 1678.

Tuttavia, con il progressivo riconoscimento giurisprudenziale del pluralismo religioso, la nozione di blasfemia divenne man mano più elastica, mutando ed adeguandosi anche alle nuove esigenze manifestatesi in seno alla società. Già verso la fine del sedicesimo secolo, con l’approvazione dello *Declaration of indulgence* del 1687 e quella del 1688, per giungere poi all’approvazione del *Toleration Act* del 1689, l’Inghilterra, fermo restando il ruolo “costituzionalizzato” della Chiesa Anglicana, riconobbe la libertà di culto, introducendo un regime di parificazione religiosa delle altre Chiese semi-*established*. Tale è stato il percorso che ha interessato le chiese nazionali di Scozia e Irlanda e delle altre denominazioni protestanti.

Durante il XVII secolo, le sanzioni che punivano le opinioni diverse alla *established Church* e le privazioni dei diritti delle minoranze religiose vennero largamente discusse. Molti intellettuali sottolinearono le limitazioni che potevano derivarne per la libertà di manifestazione del pensiero e per la ricerca della verità religiosa<sup>40</sup>. Partendo proprio da tali aspetti limitativi delle libertà (innanzitutto, quella di pensiero), le corti britanniche si mostrarono generalmente restie a giudicare casi che coinvolgevano il reato di blasfemia. In effetti, solo a distanza di quasi un secolo dal caso Taylor, nel 1729, le corti si espressero nuovamente sulla questione che riguardava non più una bestemmia in luogo pubblico, ma la pubblicazione di un libro. Nel suo *Discourse on the Miracles of Our Saviour*, il sig. Woolston, professore a Cambridge, aveva offerto una lettura allegorica dei miracoli di Cristo. I giudici stabilirono che “*would not allow any books to be writ which would tend to alter the establishment*”<sup>41</sup>, e condannarono il professor Woolston o ad un anno di prigione e al

<sup>38</sup> Su tali aspetti, *amplius*, S. FERRARI, *Stato e Chiesa in Gran Bretagna*, in *Città e Regione*, 6/1982, 91 ss.; A. TORRE, *Dall’antica intolleranza al moderno pluralismo: credo religioso e vita pubblica nell’evoluzione della Costituzione britannica*, cit.

<sup>39</sup> Per dirla con le parole del giudice Hale «*That such kind of wicked and blasphemous words were not only an offence against God and religion but a crime against the laws, States and Government [...] and therefore punishable in this court, that to say religion is a cheat, is to dissolve all those obligations whereby civil societies are preserved; and Christianity being parcel of the laws of England, therefore to reproach Christian religion is to speak in subversion of the law*», *Rex v. Taylor*, Vent. 293, 1676.

<sup>40</sup> Per un panorama completo di tali evoluzioni in Gran Bretagna durante il XVIII secolo, cfr. U. HENRIQUES, *Religious Toleration in England, 1787-1833*, London 1961.

<sup>41</sup> *R. v. Woolston* (1729) 1 Barn KB162.

pagamento di una multa, oppure, in alternativa, al carcere a vita. Woolston optò per la seconda possibilità e morì in carcere<sup>42</sup>. Negli anni '90 del XVIII secolo, le tensioni tra libertà di manifestazione del pensiero e reato di blasfemia si intensificarono. Pur non mettendo in discussione il rapporto tra Stato e Chiesa Anglicana, si cominciò a rivendicare non più una semplice tolleranza religiosa, ma un'autentica apertura alla libertà religiosa. Pertanto, durante l'ondata delle riforme adottate nel XIX secolo, vennero abrogate le leggi sul regime di tolleranza e furono adottate misure che portarono all'emancipazione di cattolici, ebrei e atei, riconoscendosi, così, la pluralità confessionale in Inghilterra<sup>43</sup>.

In tale passaggio dalla mera tolleranza al riconoscimento della libertà di religione, anche le interpretazioni dei giudici britannici si discostarono dall'originaria lettura di Hale.

Il cristianesimo non costituiva più adesso una "law of Land", riconoscendosi che le leggi restrittive, ispirate da tale principio, contrastavano con l'evoluzione della società e dell'ordinamento britannico, ormai aperti al riconoscimento della libertà di culto<sup>44</sup>. Ciò nonostante, la fattispecie della blasfemia è rimasta in vigore, anche se legata in maniera imprescindibile alle condotte contro l'anglicanesimo, operando nel caso delle altre confessioni cattoliche la più generica *criminal libel*<sup>45</sup>. Anche le condotte punibili con il reato di blasfemia furono interpretate non più come semplici ipotesi di reati di opinione (*rectius* contrarietà all'anglicanesimo), richiedendosi adesso la ricorrenza, per il riscontro della fattispecie delittuosa, di determinati "toni e stili"<sup>46</sup>. Per dirla con le parole del giudice Goldrige (*R v Ramsay and Foote*, 1883), il fondamento del *blasphemy libel* andava individuato "in the manner and not in the matter"<sup>47</sup>.

Tuttavia, è il giudice Avory nel caso *R. v. Gott* del 1922, riguardante la pubblicazione di un'opera da parte di Gott, dove Gesù nel suo ingresso a Gerusalemme veniva rappresentato vestito da clown sul dorso di due somari, che delinea in maniera ancora più precisa i confini della blasfemia in rapporto alla libertà di espressione. Precisa Avory che: "The common law does not interfere with the free expression of bona fide opinion", ma ciò che rendeva punibili le espressioni blasfeme era "the use of coarse and scurrilous ridicule on subjects which are sacred to most people in this country". Inoltre, se il termometro dell'offesa insita nella *blasphemy libel* era quello del turbamento della pace sociale, l'offesa doveva intaccare la sensibilità "of the general body of the community" e non solo quella di pochi<sup>48</sup>.

Nonostante tali precisazioni, che delineavano i contorni del reato di blasfemia, e l'evoluzione dell'ordinamento britannico alla quale si è fatto cenno, rimaneva fermo, a livello legislativo, il divieto di deridere o fare satira sull'anglicanesimo.

#### 4. La blasphemy libel e le sfide del multiculturalismo

A partire dagli anni '60 del XX secolo, per rispondere alle esigenze che si palesavano all'interno di un corpo sociale che, a causa della storia coloniale e delle massicce ondate migratorie, si presentava particolarmente composito<sup>49</sup>, l'ordinamento britannico adottò un approccio favorevole al

<sup>42</sup> N. WALTER, *Blasphemy Ancient and Modern*, London, 1990, 34 ss.

<sup>43</sup> Da una parte venne riconosciuto anche alle altre religioni il diritto di aprire scuole ed edifici di culto, aprendosi al riconoscimento delle gerarchie ecclesiastiche anche delle altre religioni cattoliche e, dall'altra, venne esteso il diritto di voto passivo anche a cattolici, ebrei ed atei.

<sup>44</sup> Nel caso *Bowman*, Lord Sumner specificava che «The fact that opinion grounded on experience has moved one way does not in law preclude the possibility of its moving on fresh experience in the other; nor does it bind succeeding generations, when conditions have again changed»: *Bowman v. Secular Society*, A. C. [1917], 415.

<sup>45</sup> *R v. Gathercole* [1838] 2 Lewin 237, 254.

<sup>46</sup> LORD DENMAN CJ, case *R v. Hetherington*, (1883) 15 Cox CC 231.

<sup>47</sup> *R v. Ramsay and Foote* (1883) 15 Cox CC 231.

<sup>48</sup> *R. v. Gott* (1922) 16 Cr App R, 88 ss.

<sup>49</sup> Sul mutamento demografico in *UK v. amplius D. CONWEY, A Nation of Immigrants? A Brief Demographic History of Britain*, London 2007; e, più in generale, sull'incidenza del pluralismo delle identità nell'evoluzione del diritto britannico si rinvia a L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Torino, 1996,

multiculturalismo, mirando alla costruzione di quella che nel 2000 fu ufficialmente denominata la “società multiculturale britannica”<sup>50</sup>. Con riferimento al rapporto tra *blasphemy libel* e libertà di espressione, invece, con il diffuso benessere e lo sviluppo delle emittenti televisive, le istituzioni dello Stato e del Regno, i politici e i clerici divennero i principali soggetti destinatari della satira. Ma solo quando il deridere la cristianità assumeva toni offensivi e grossolani, il *blasphemy libel* veniva invocato.

In effetti, in tale periodo, pochi furono i casi emersi di restrizioni alla libertà di espressione; il più delle volte, tali restrizioni si tradussero in forme di autocensura. Un esempio di quanto ora affermato è offerto dal caso che investì la società editrice Penguin nel 1967, dopo la pubblicazione del libro “*Massacre*” di un vignettista francese. Nell’occasione, più librerie avevano ritenuto che il contenuto del libro fosse blasfemo e offensivo della cristianità. La notte dopo la pubblicazione del libro, l’allora direttore della Penguin si recò presso gli uffici dell’azienda e bruciò tutte le copie disponibili del libro, comunicando ufficialmente il giorno dopo che il libro era “*out of print*”<sup>51</sup>. Parimenti, nel 1976, il film satirico “*The Life of Brian*” venne distribuito nelle sale dei cinema solo dopo il taglio delle scene ritenute blasfeme, ma la trasmissione dello stesso venne tuttavia bandita dalle emittenti televisive. In tali casi, pertanto, non operò effettivamente la legge sulla blasfemia, che probabilmente esercitò soltanto un’efficacia deterrente, ma furono determinanti la sensibilità dei credenti e la paura di eventuali episodi di violenza<sup>52</sup>.

Appena due anni prima di “*Life of Brian*”, tuttavia, le Corti britanniche avevano avuto modo di esprimersi in maniera diretta sull’ultimo caso di una condanna per blasfemia nell’ordinamento britannico: il caso *Whitehouse v. Lemon* del 1979.

In quell’occasione, la controversia era stata sollevata dalla signora Whitehouse contro l’editore *Gay News* per aver pubblicato il poema del professor James Kirkup dal titolo *The love that dares to speak his name*, e che descriveva atti di omosessualità tra Cristo e gli Apostoli, aggiungendo, nella versione stampata, una vignetta raffigurante il Cristo abbracciato a un centurione romano. La Corte di Appello aveva condannato gli imputati ritenendo sufficiente il mero intento degli stessi a pubblicare il materiale definito blasfemo, in quanto offendeva Cristo nella vita e nella sua crocifissione. Il processo giunse fino alla *House of Lords*, dove, nel condannare gli imputati nel 1979, il giudice Scarman specificò, nella sua *opinion*, che “*My criticism of the common law offence of blasphemy is not that it exists but that it is not sufficiently comprehensive*”. Nel sottolineare, inoltre, la necessità che nella società pluralista britannica fosse necessario proteggere anche le credenze e le opinioni dei non cristiani, egli definì il bene protetto dalla *blasphemy libel* come “*the internal tranquillity of the kingdom*”. Scarman richiamò le previsioni dell’ordinamento interno e della CEDU che tutelano la libertà di religione e di espressione, specificando che la libertà di espressione incontra il limite dell’offesa alle “*religious feelings of his fellow citizens*”<sup>53</sup>.

Nel condannare l’imputato per blasfemia, i giudici britannici specificarono, dunque, che il bene tutelato dalla norma non era la religione di per sé, bensì il sentimento religioso delle persone e la tranquillità del Regno, sottolineando, inoltre, che il privilegio di cui godeva, sotto tale aspetto, la Chiesa Anglicana non rispecchiava più il pluralismo delle identità sociali.

Tuttavia, nonostante tali interpretazioni giurisprudenziali, le decisioni delle Corti britanniche rimanevano strettamente legate a episodi riguardanti i sentimenti dei credenti cristiani. Tra l’altro, a

---

45 ss. e ora anche C. MARTINELLI, *Il modello di integrazione della Gran Bretagna*, in G.C. FERONI - V. FEDERICO (curr.), *Società multiculturali e percorsi di integrazione. Francia, Germania, Regno Unito ed Italia a confronto*, Firenze 2017, 9 ss.

<sup>50</sup> B. PAREKH (Chair), *The Future of Multi-Ethnic Britain (The Parekh Report), Report of the Commission on the Future of Multi-Ethnic Britain*, London 2000, 313, dove si specifica che «*the government formally declare the United Kingdom to be a multicultural society*».

<sup>51</sup> PENGUIN BOOKS, *Fifty Penguin Years*, London 1985, 75 ss.

<sup>52</sup> N. WALTER, *Blasphemy Ancient and Modern*, London 1990, 60 ss.; R. Webster - A Brief, *History of Blasphemy: Liberalism, Censorship and “The Satanic Verses”*, Southwold 1991, 27 ss.

<sup>53</sup> LORD SCARMAN, *Whitehouse v Lemon*, A.C [1979], testo completo disponibile all’indirizzo telematico: [http://www.vanuatu.us.ac.fj/courses/la205\\_criminal\\_law\\_and\\_procedure\\_1/cases/R\\_v\\_Lemon\\_PtII.html](http://www.vanuatu.us.ac.fj/courses/la205_criminal_law_and_procedure_1/cases/R_v_Lemon_PtII.html).

livello legislativo, i rapporti tra cittadini britannici ed immigrati venivano regolamentati attraverso la lente della “*political blackness*”, così come disciplinata dallo *Race Relations Act* del 1976<sup>54</sup>.

A partire dal caso dei “Versetti Satanic” di Salman Rushdie, vi fu però un cambio di rotta sotto molteplici aspetti. È questo un caso che rappresenta efficacemente la problematicità del riconoscimento della libertà di espressione a fronte del rafforzamento dell’estremismo religioso e la complessità delle questioni connesse (come quelle inerenti all’extra-territorialità e alla garanzia della sicurezza nazionale).

Il noto scrittore di origini islamiche, emigrato da tempo in territorio britannico, in alcune pagine del suo romanzo riprendeva l’episodio apocrifo dei versetti satanici che racconta un momento di debolezza della vita di Maometto che, ingannato dal diavolo, annuncia ai suoi concittadini che le tre figlie di Allah erano degne di essere venerate. A questo episodio antico, Rushdie ci aggiunge altri elementi quali un raduno in un bordello di un ex seguace di Maometto, di un poeta ubriacone e di alcune prostitute che portano il nome delle mogli del Profeta e che criticano quest’ultimo, accusandolo di essere un uomo dissoluto, ubriacone ed imbroglione. Inoltre, le prostitute assumevano il nome delle mogli del Profeta a sua volta denominato Mahound.

La pubblicazione del libro fu ritenuta blasfema da parte della comunità musulmana, dentro e fuori i confini britannici, e l’Ayatollah Khomeini annunciò via radio dall’Iran una *fatwa*, nella quale incitava tutti i musulmani del mondo a punire con la morte sia Rushdie che coloro che avevano contribuito alla pubblicazione e alla diffusione del suo romanzo<sup>55</sup>. Molti furono, in effetti, gli atti di violenza in svariate parti del mondo<sup>56</sup> e, a tutt’oggi, l’autore del libro vive sotto protezione del Governo britannico.

Visto che tale *fatwa* metteva in pericolo la stessa sicurezza di uno Stato, diverse furono anche le reazioni nell’arena politica internazionale: i Paesi occidentali si schierarono a favore dell’Inghilterra e, più in generale, in difesa della libertà di espressione. In maniera netta, l’allora Primo Ministro britannico Margaret Thatcher dichiarò che “*freedom of speech is subject only to the laws of this land [...]. It is absolutely fundamental to everything in which we believe and cannot be interfered with by any outside force*”<sup>57</sup>. L’ondata di violenza scaturita dalla pubblicazione del libro divise l’opinione pubblica e il mondo intellettuale. Molti commentatori, pur condannando la *fatwa*, ritennero che Rushdie avrebbe dovuto porre un freno alla propria vena creativa, visto che egli, in quanto musulmano di origine, conosceva le reazioni che avrebbe potuto provocare il suo libro<sup>58</sup>.

Le corti britanniche furono investite del caso (*R v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Choudhury*). I ricorrenti lamentavano la violazione di molteplici norme della legislazione statale. Da una parte, si richiedeva l’applicazione della normazione sulla blasfemia, sostenendo l’applicabilità della stessa a religioni diverse da quella anglicana. Dall’altra parte, poiché la pubblicazione dell’opera causava disordini tra i sudditi di Sua Maestà, nonché la rottura delle relazioni internazionali con l’Iran e gli altri Stati islamici, creando, in aggiunta, anche un clima di

<sup>54</sup> Il *Race Relations Act* del 1976 è stato successivamente riformato dal *Race (Amendment) Relations Act* del 2000.

<sup>55</sup> La *fatwa* specificava che «*I inform all zealous Muslims of the world that the author of the book entitled The Satanic Verses — which has been compiled, printed, and published in opposition to Islam, the Prophet, and the Koran — and all those involved in the publication who were aware of its contents are sentenced to death. I call upon all zealous Muslims to execute them quickly, wherever they may be found, so that no one else will dare to insult the Muslim sanctities. God willing, whoever is killed on this path is a martyr. In addition, anyone who has access to the author of this book but does not possess the power to execute him should report him to the people so that he may be punished for his actions*», cit. in D. PIPES, *Two Decades of the Rushdie Rules: How an edict that once outraged the world became the new normal*, in *Commentary Magazine*, October 2010, 31 (la *fatwa* venne ribadita dal regime degli ayatollah nel 2008).

<sup>56</sup> Il traduttore giapponese del romanzo, Hitoshi Igari, è stato assassinato, quello italiano venne ferito nel 1991 e la stessa sorte toccò all’editore danese nel 1993. Fu vietata la vendita del libro in tutti i Paesi musulmani e in varie parti del mondo ci furono proteste da parte dei credenti musulmani accompagnate da gravi episodi di violenza. A Manchester, inoltre, settemila musulmani si riunirono per bruciare le copie del libro e, in Libano, alcuni cittadini britannici furono presi in ostaggio.

<sup>57</sup> “*Iran Tells Britain to Condemn Book*,” in *Washington Post*, 1 March 1989.

<sup>58</sup> Le dichiarazioni delle varie personalità che si esprimevano in tal senso vengono riportate e analizzate da P. CLITEUR - T. HERRENBERG, *Rushdie’s Critics*, in *Id (curr.)*, *The Fall and Rise of Blasphemy Law*, Leiden 2016, 137 ss.



ostilità dei musulmani nei confronti del Regno, si chiedeva l'applicazione della legislazione sulla *sedition*. I giudici britannici chiarirono che Chiesa e Stato sono due istituzioni separate e che, pertanto, non sussisteva, nel caso di specie, l'elemento del danno pubblico. Inoltre, difettava il requisito del diretto incitamento al disordine e alla violenza e, pertanto, le accuse per *sedition* furono respinte<sup>59</sup>.

La *Divisional Court* di Londra, invece, nel rigettare il ricorso che chiedeva l'applicabilità della legge sulla *blasphemy libel*, specificò che la legge sulla blasfemia, per come intesa dell'ordinamento britannico, trovava applicazione solo per i sentimenti religiosi di coloro che appartenevano al cristianesimo e specificamente all'anglicanesimo<sup>60</sup>. L'eventuale estensione della tutela penale della blasfemia anche alle altre religioni avrebbe incontrato notevoli difficoltà, con particolare riguardo alla necessità d'individuare, per ciascuna religione, i contenuti meritevoli di protezione<sup>61</sup>. Infine, l'applicabilità della legge sulla blasfemia nel caso di specie fu esclusa anche in quanto “*contrary to the author's right of freedom of expression under article 10 of the Convention*”<sup>62</sup>. Pur riconoscendo i connotati discriminatori che la norma vigente aveva nei confronti delle altre religioni diverse da quella cristiana, la Corte Divisionale affermò che un'eventuale modifica della legge stessa, in quanto ritenuta non più consona alla società pluralista e multiculturale, era comunque un compito spettante al Parlamento<sup>63</sup>.

Dopo il caso di Salman Rushdie, l'applicabilità del reato di blasfemia è stata invocata tanto da parte dei credenti appartenenti a religioni differenti da quella cristiana quanto da parte di questi ultimi, ma le corti hanno puntualmente respinto i ricorsi, rifiutandosi di entrare nel merito del difficile bilanciamento tra libertà di religione e libertà di espressione<sup>64</sup>. Nel complesso, la decisione *Whitehouse v. Lemon* del 1979 rappresenta l'ultima condanna per blasfemia emessa nel Regno Unito e in Irlanda<sup>65</sup>. Con riferimento a quest'ultima, nel periodo nel quale sono state emesse delle condanne<sup>66</sup>, il reato di blasfemia non costituiva una fattispecie differente rispetto alla *blasphemy libel* britannica<sup>67</sup>. Pur con le modifiche adottate nell'adeguamento della normativa nazionale alla CEDU,

<sup>59</sup> *R v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Choudhury* [1990] 3 W. L. R.

<sup>60</sup> Specificava la Corte che «*The common law of blasphemy was confined to protecting only the Christian religion and the court would not extend the law of blasphemy to cover other religions because it would be virtually impossible by judicial decision to set sufficiently clear limits to the offence if it were to be extended*»: *R v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Choudhury* [1990] 3 W. L. R. 986.

<sup>61</sup> Per dirla con la Corte, «*the court would not extend the law of blasphemy to cover other religions because it would be virtually impossible by judicial decision to set sufficiently clear limits to the offence if it were to be extended*»: *R v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Choudhury* [1991] 1 All ER 313.

<sup>62</sup> *R v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Choudhury* [1991] 1 All ER 313.

<sup>63</sup> La Corte sottolineava che «*We have no doubt that as the law now stands it does not extend to religions other than Christianity. Can in the light of the present conditions of society be extended by the courts to cover other religions? [ ... ] In our judgement, where the law is clear it is not the proper function of this court to extend it; particularly so in criminal cases, where offences cannot be retrospectively created. It is in that circumstance the function of Parliament alone to change the law*»: *R v. Chief Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Choudhury* [1991] 1 All ER 313.

<sup>64</sup> Il reato di blasfemia venne invocato da parte della comunità Sikh nel 2004 contro la messa in scena nel Birmingham Repertory Theatre di “*Behzti*” (in punjabi *Disonore*), e nel 2005 da parte dei credenti religiosi cristiani contro la trasmissione di *Jerry Springer: The Opera*. In quest'ultimo caso, la Corte si è limitata solo a stabilire che «*As a whole [it] was not and could not reasonably be regarded as aimed at, or an attack on Christianity or what Christians held sacred*»: cfr. C. TRYHORN, *Springer opera not blasphemous, court rules*, in *The Guardian*, 5 December 2007.

<sup>65</sup> La Suprema Corte irlandese nel 1999 si rifiutò di applicare la condanna per blasfemia nel caso *Corway v. Independent Newspaper*, ritenendo che il reato di blasfemia fosse incompatibile con le disposizioni di uguaglianza religiosa contenute nella Costituzione e, quindi, tale reato non era sopravvissuto alla promulgazione della Costituzione: Supreme Court, *Corway v. Independent Newspaper*, [1999], 4 I.R. 485.

<sup>66</sup> I casi riguardano il libro di MONTY PYTHON *Life of Brian*, censurato nel 1970 e la performance di TENNESSEE WILLIAMS, *The Rose Tattoo* nel 1957, in quanto ritenuti osceni e profani: G. WHELAN - C. SWIFT, *Spiked: Church-State Intrigue and the Rose Tattoo*, Dublin-New Island, 2002.

<sup>67</sup> Come specificato dallo stesso De Valera, «nessuna nuova fattispecie di reato di blasfemia risulta introdotto dall'art. 40.6. 1. I della Costituzione irlandese, in quanto, il reato di blasfemia è unico nel *common law*»: *Letter from the Assistant of Secretary*, Department of Taoiseach, Dublin, 24 november 1958.

nel sistema vigente irlandese, invece, il reato di blasfemia, disciplinato dalla sez. 36 dello *Defamation Act* del 2009, trova applicazione per tutte le religioni<sup>68</sup>.

Al contrario, con l'adozione della sezione 39 della *Criminal Justice and Immigration Act* del 2008<sup>69</sup>, il reato di blasfemia è stato definitivamente abrogato in Inghilterra e Galles.

### 5. Il diritto di ridicole a religion ed il reato di incitamento all'odio religioso

L'abrogazione del reato di blasfemia in Gran Bretagna è stata accompagnata dall'adozione di misure specifiche in linea con l'intrapresa politica del multiculturalismo, la cui parabola, come è stato detto, "has mutated from 'color' in 1950s and 1960s to race in 1970 and 1980s, 'ethnicity' in the 1990s and 'religion' in the present period"<sup>70</sup>.

Dal punto di vista legislativo, tale corrispondenza tra cultura e religione venne suggellata con l'approvazione del *Race Relations Act* del 1976 che, sulla scia delle politiche del riconoscimento, vietava gli insulti e le offese "to the cultural and religious beliefs and practices of ethnic minorities" (sez. 3.1). Già a partire dal caso *Mandila c. Dowell Lee* del 1983<sup>71</sup>, la religione è stata inclusa tra i criteri giuridicamente rilevanti nell'ambito delle possibili cause di discriminazione. In effetti, dal 1986 il *Public Order Act* vieta gli atti che possono incitare all'odio per motivi di razza o sulla base dell'appartenenza religiosa<sup>72</sup>. Tuttavia, l'inclusione della religione tra le cause di discriminazione, in un primo momento, non è stata accolta in maniera unanime da parte della giurisprudenza<sup>73</sup>. Parte della stessa ha messo in evidenza come, di fatto, per alcune comunità, e nello specifico per quella musulmana, in quanto "identified by their religion and not by their race or nationality", era difficile estendere le misure protettive previste dallo *Race Relations Act* del 1976. Solo a partire dal 2003, in effetti, sono stati apportati importanti emendamenti all'*Act*, aggiungendo in maniera espressa anche la religione tra i possibili criteri di discriminazione.

Nello *Human Rights Act* adottato nel 1998 e ancora in vigore, invece, la nona sezione disciplina la libertà di pensiero, di credo e di religione e la decima quella di espressione, vietando, la sez. 14 dello stesso, atti di discriminazione anche per motivi di lingua, razza o credo religioso. Come specificato nell'ultimo report esplicativo ufficiale dell'*Equality and Human Rights Commission*, rimane fuori dall'ambito tutelato offerto alla libertà di espressione l'insieme delle modalità di

---

<sup>68</sup> Secondo la sez. 39 del *Defamation Act* del 2009, la fattispecie ricorre quando l'espressione risulta essere «grossolanamente ingiuriosa o denigratoria in relazione a questioni ritenute sacre da qualsiasi religione, provoca indignazione tra un numero consistente di fedeli di quella religione e si intende con la sua pubblicazione o pronuncia provocare tale indignazione». Richiami diretti alla blasfemia sono altresì contenuti nella sezione 7 (2) dello *Censorship of Films Act* del 1923 che prevede un divieto di trasmissione di film o opere teatrali qualora parti delle stesse «unfit for general exhibition in public by reason of its being indecent, obscene or blasphemous or because the exhibition thereof in public would tend to inculcate principles contrary to public morality». Tale operazione di verifica spetta all'Ufficio di Censura.

<sup>69</sup> Per un panorama completo delle varie proposte e dell'*iter* che ha accompagnato l'abrogazione della legge sulla blasfemia in UK (esclusa l'Irlanda), cfr. R. SANDERBERG - N. DOE, *The strange death of blasphemy*, in *Modern Law Review*, 2008 (71) 6, 971 ss.

<sup>70</sup> Ch. PEACH, *Muslims in the UK*, in T. ABBAS (cur.), *Muslim Britain: Communities under Pressure*, London 2005, 18 ss.

<sup>71</sup> *Mandila c. Dowell Lee* [1983] 2 AC 548. In quell'occasione, la House of Lords, nell'indicare le diverse caratteristiche rilevanti per l'identificazione di un gruppo etnico, ha incluso anche la «religious observance» e «a common religion different from that of neighbouring groups or from the general community around it»: cfr. B. HEPPLER - P. CHOUDHURY, *Tackling Religious Discrimination: Practical Implications for Policy-makers and Legislators*, London, 2001, 221 ss.; nella stessa ottica di definizione delle identità da parte della legge attraverso la religione anche T. MODOOD, *Modern Secularism. Religion as Identity and Respect for Religion*, in *The Political Quarterly*, vol. 81, n. 1 January-March 2010, 4 ss.

<sup>72</sup> Come specificato nello *Hate Crime Operational Guidance*, *College of Policing* del 2014.

<sup>73</sup> Cfr. C. PICIOCCHI, *L'ordinamento britannico tra identità e diritti differenziati. Prime considerazioni*, in *Atti del convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo*, Bari, Università degli Studi, 29-30 maggio 2003, pubblicati in *Riv. dir. pubb. comp. eur., La Costituzione Britannica. The British Constitution*, 2/2005, 1285 ss.

espressione che provocano discriminazione o incitano alla violenza tra i gruppi anche “*by reference to their race, religious belief*”<sup>74</sup>.

Il bilanciamento tra diritto di satira e libertà di religione, nonché una più marcata coincidenza tra razza e religione sono particolarmente visibili nel *Racial and Religious Hatred Act*, in vigore dal 1° ottobre del 2007. Se dal nome dell’*Act* emerge chiaramente la coincidenza tra razza e religione, più problematico rimane il bilanciamento tra libertà di satira e libertà religiosa, in riferimento alla nuova tipologia di reato previsto nello stesso, ossia quello dell’incitamento all’odio contro una persona sulla base della religione. L’odio religioso viene definito dall’*Act* come “l’odio contro un gruppo di persone definito in riferimento al credo religioso o alla mancanza di credo religioso” e tra gli atti sanzionabili vengono espressamente indicati “l’uso di parole o comportamenti o la visualizzazione di materiale scritto”. L’ago della bilancia tra il divieto imposto e la libertà di espressione viene individuato nell’art. 29 B (i) dell’*Act*, che individua il discrimine nell’*intento* dell’autore dell’atto di provocare l’istigazione all’odio religioso<sup>75</sup>.

Nel momento dell’adozione dell’*Act* da ultimo menzionato, molteplici sono state le proteste che denunciavano un’eccessiva limitazione della libertà di espressione. A presidio di quest’ultima venne introdotto l’art. 29 (J), intitolato “Protezione della libertà di espressione”, che recita: “*Nothing in the Part shall read or given effect in a way which prohibits or restricts discussion, criticism or expression of antipathy, dislike, ridicule, insult or abuse of particular religions or the beliefs or practices of their adherents [...] or proselytizing or urging adherents of a different religion or belief system to cease practising their religion or belief system*”.

Di fatto, le previsioni delle due norme sono in aperto conflitto l’una con l’altra, visto che la formula “*to ridicule a religion*”, che dovrebbe mettere a riparo la libertà di satira dal divieto previsto dalla disposizione che la precede, costituisce il problema principale. Tuttavia, ad oggi, mancano decisioni delle corti britanniche dalle quali poter ricavare delucidazioni sul difficile bilanciamento tra libertà religiosa e “*right to ridicule a religion*”. In un unico caso portato davanti alla Corte Distrettuale di Liverpool, il giudice Clancey ha respinto il caso ritenendo insussistenti le prove a carico degli imputati<sup>76</sup>, nulla stabilendo, quindi, sul difficile bilanciamento tra i due diritti così come previsti nell’*Act*.

## 6. La transizione dei British values: ridere dell’altro, tra inter-culturalismo ed esigenze di sicurezza nazionale

La parabola delle politiche adottate dall’ordinamento britannico, come dimostra anche il contrasto delle disposizioni sopra richiamate, si è sviluppata attraverso misure non sempre lineari. Sembra evidente, tuttavia, che vi sia una tendenza a passare dall’“eticizzazione del dato confessionale”<sup>77</sup>, come istituzionalizzato con la nota divisione delle due comunità (cattolica separatista repubblicana e protestante unionista lealista) dell’Irlanda del Nord, ad un modello opposto, che privilegia la *confessionalizzazione del dato etnico*, riconoscendo la rilevanza delle religioni nella vita pubblica.

---

<sup>74</sup> EQUALITY AND HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Guidance legal framework. Freedom of expression*, 2016, 3 ([https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/20150318\\_foe\\_legal\\_framework\\_guidance\\_revised\\_final.pdf](https://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/20150318_foe_legal_framework_guidance_revised_final.pdf)).

<sup>75</sup> Recita l’art. 29 (B) 1 dell’*Act*: «*A person who uses threatening words or behaviour, or displays any written material which is threatening, is guilty of an offence if he intends thereby to stir up religious hatred*».

<sup>76</sup> L’accusa venne promossa da una coppia appartenete alla religione musulmana contro i gestori cattolici praticanti di un albergo. La moglie del gestore, la sig.ra Sharon Vogelenzang, nel vedere la signora Tazi indossare il *hijab*, le aveva chiesto se fosse una terrorista, riferendosi al *hijab* come a una forma di *bondage*, e paragonando Maometto a Hitler. Il caso ha avuto una grande eco nei giornali britannici: cfr. J. BROWN, *Judge dismisses hijab case against Christian couple*, in *The independent*, 10 december 2009; BBC News UK, *Christian hoteliers cleared in Muslim woman abuse row*, 9 december 2009; P. BRACCHI, *It may have been a victory for free speech, but why did breakfast insult of Muslim's faith case ever come to court?*, in *Daily mail*, 10 december 2009.

<sup>77</sup> Così A. TORRE, *Dall’antica intolleranza al moderno pluralismo: credo religioso e vita pubblica nell’evoluzione della Costituzione britannica*, cit., 247.

Ciò posto, sia le rivendicazioni dei gruppi minoritari che le critiche della maggioranza si sviluppano oggi attraverso una continua “comparazione” delle diverse culture, mettendo in risalto le incompatibilità tra i valori delle stesse. Ed è proprio tale comparazione per differenze ed incompatibilità<sup>78</sup>, che segna la transizione dei “*British values*” verso un modello, ancora in via di formazione, da alcuni definito come “post-multiculturalismo”<sup>79</sup> o “inter-multiculturalismo”<sup>80</sup>.

Il difficile bilanciamento tra libertà di religione e diritto di ridere della religione degli *altri* offre, a tal proposito, non pochi spunti di riflessione.

Come noto, manca una definizione condivisa di blasfemia. È stato, inoltre, osservato che nella storia della regolamentazione della blasfemia in Occidente si possono distinguere tre macrocategorie all’interno delle quali muta anche lo stesso concetto di blasfemia: la prima comprenderebbe un concetto antico, strettamente identificato con un affronto verbale al divino; la seconda un concetto medievale, consistente nella sfida sediziosa alla sacralità della legge, all’ordine pubblico e al bene comune; la terza una nozione moderna di blasfemia, intesa come reato contro la sensibilità, i diritti e la dignità dei singoli credenti<sup>81</sup>. Anche la giurisprudenza britannica qui richiamata, con riferimento alla condotta ritenuta blasfema, si è man mano spostata dall’iniziale rigido criterio che tutelava esclusivamente la religione all’adozione di altri elementi soggettivi, per approdare, infine, al “sentimento dei credenti”. Proprio tale ultima trasfigurazione della *blasphemy offence* diventa difficilmente distinguibile dal più nuovo reato d’incitamento all’odio religioso<sup>82</sup>. Partendo da tale dato, si potrebbe osservare che di fatto, in base alla nuova disciplina del *Racial and Religious Hatred Act*, una sorta di sub-specie dell’abrogato reato di blasfemia trova adesso applicazione come “incitamento all’odio religioso”, coinvolgente tutte le religioni.

Alle misure restrittive promosse nel 2013 dall’allora Primo ministro Cameron nella “Nuova strategia contro il terrorismo”, che restringevano l’autonomia fino ad allora riconosciuta alle comunità minoritarie nel campo dell’istruzione, del proselitismo e, più in generale, nel preservamento delle loro tradizioni<sup>83</sup>, si è prontamente contrapposto il *Muslim Action Forum* (MAF). Nella conferenza stampa tenuta nel 2015, facendo riferimento ad una “civiltà globale”, il MAF ha espresso il suo intento di avviare varie iniziative davanti alle corti britanniche per modificare la legislazione vigente in Inghilterra, specificando che la pubblicazione dei cartoni francesi su Moammetto “*is the worst kind of ‘Hate Crime’*” che possa essere inflitto a 3 milioni di musulmani residenti in UK e a 1.7 bilioni di appartenenti all’Islam in tutto il Mondo<sup>84</sup>. Tuttavia, come si è qui più volte sottolineato, le corti britanniche si sono mostrate restie a giudicare casi nei quali i due diritti considerati si sono trovati in conflitto. Anche se si guarda alle possibilità interpretative dei giudici riconosciute dallo *Human Rights*

<sup>78</sup> Come è stato osservato, «il modello multiculturale rifiuta inoltre ogni possibilità di “comparazione” delle singole culture»: così, G.C. FERRONI, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, cit., 5.

<sup>79</sup> Su tali aspetti del post-multiculturalismo cfr. C. MCCRUDDEN, *Multiculturalism, freedom of religion, equality, and the British constitution: The JFS case considered*, in *I-CON* (2011), Vol. 9 No. 1, 200 ss.

<sup>80</sup> Ch. TAYLOR, *Interculturalism or Multiculturalism?*, in *Philosophy & Social Criticism*, 2012, 38, nn. 4-5, 413 ss.

<sup>81</sup> A. DACEY, *The Future of Blasphemy: Speaking of the Sacred in an Age of Human Rights*, New York 2012.

<sup>82</sup> Ne mette in evidenza tali aspetti F. Rose, *Blasphemy: a victimless crime or a crime in search of victim?*, in P. CLITEUR - T. HERRENBERG (curr.), *The Fall and Rise of Blasphemy Law*, cit., 13, sottolineando una quasi coincidenza delle due specie in una recente decisione della Corte costituzionale della Danimarca. Nella sua decisione del 2016, la Corte danese si è dovuta pronunciare sul contenuto di un post su *Facebook*, che bollava l’«ideologia islamica» come «deplorabile, oppressiva e anti umana come il Nazismo». Nel condannare l’autore per il reato di incitamento all’odio religioso, i giudici non hanno ritenuto il post come una critica ad una ideologia, ma piuttosto come un insulto che mirava a degradare gli aderenti all’Islam, sia individualmente che come gruppo.

<sup>83</sup> Tali misure vengono condensate nella «*PM: New counter-extremism strategy is a clear signal of the choice we make today*» e in «*Tackling extremism in the UK*», disponibili sul sito istituzionale del Governo britannico ai seguenti indirizzi telematici:

- <https://www.gov.uk/government/news/pm-new-counter-extremism-strategy-is-a-clear-signal-of-the-choice-we-make-today>;

- [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/263181/ETF\\_FINAL.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/263181/ETF_FINAL.pdf).

<sup>84</sup> MUSLIM ACTION FORUM, *Press Release*, 8 febbraio 2015, testo completo disponibile all’indirizzo telematico [http://www.muslimactionforum.com/Press\\_Release\\_8thFeb.pdf](http://www.muslimactionforum.com/Press_Release_8thFeb.pdf).

*Act*<sup>85</sup>, si deve ricordare che, come stabilito dalla seconda sezione dello stesso, l'interpretazione rimane legata a quella offerta dalla Corte di Strasburgo. E come noto, quest'ultima, a differenza della Corte suprema USA, non ha un orientamento che privilegia in maniera netta la libertà di espressione<sup>86</sup>.

Ridere dell'*altro*, oggi più che mai, può mettere a rischio la sicurezza nazionale; pertanto, le restrizioni che l'espressione estrema (come quella satirica) potrebbe subire a seguito di misure adottate dal Governo per tutelare la sicurezza confluiscono, di fatto, nella categoria della "*par excellence a non justiciable question*"<sup>87</sup>.

Ridere della religione dell'*altro* pare abbia assunto la stessa colorazione dell'*inflammatory speech* pronunciato davanti ad una folla eccitata, ipotesi che lo stesso Mill ammetteva potesse implicare una sanzione. Pertanto, come sempre più spesso sottolineato dalla letteratura inglese, di fronte alla necessità di preservare la sicurezza, giornalisti, artisti e scrittori hanno adottato, in maniera informale, un codice antiblasfemo, attuato per il tramite di forme di autocensura preventiva, il che ha reso l'Islam, dal caso di Salman Rushdie in poi, immune a qualsiasi forma di satira<sup>88</sup>. Non è un caso, in

---

<sup>85</sup> Attraverso l'adozione dello *Human Rights Act* del 1998, in vigore dal 2000, di fatto viene effettuata una incorporazione della CEDU nell'ordinamento britannico. Tale attività avviene principalmente attraverso alcuni meccanismi specifici tra i quali l'obbligo per le Corti statali di effettuare una interpretazione della legislazione interna (primaria e secondaria) in maniera conforme alla Convenzione (sez. 3 dell'*Act*) e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (sez. 2 dell'*Act*). Se la legislazione interna viene ritenuta dai giudici non conforme alla Convenzione, gli stessi possono emettere una dichiarazione di incompatibilità della legislazione statale con quella convenzionale, ed eventualmente portare a conoscenza del Parlamento la questione di incompatibilità (sez. 4 dell'*Act*). Su tali aspetti, cfr. F. KLUG, *Values for a Godless Age: The Story of Britain's New Bill of Rights*, London 2000; I. LEIGH - R. MASTERMAN, *Making Rights Real: The UK Human Rights Act in its First Decade*, Oxford 2008.

Nel riconosce alle Corti il potere di *judicial review of legislation* (sez. 2 dell'*Act*), gli stessi vengono investiti di poteri storicamente appartenuti al Parlamento inglese: cfr. A.R. CHIKOWSKI, *Courts, rights and democratic participation*, in *Comparative Political Studies*, 39/2006, 50 ss.; R. HIRSCHL, *The judicialization of mega-politics and the rise of political courts*, in *Annual Review of Political Science*, 11/2008, 93 ss. Secondo alcuni, il *Human Rights Act* di fatto avrebbe prodotto un «*constitutional shift*», dando esito ad un iperattivismo dei giudici anche in casi che coinvolgono diritti, che, a causa di misure adottate in nome della sicurezza nazionale, si trovano ad essere sottoposti a delle limitazioni eccessive: così A. KAVANAGH, *Constitutionalism, Counter-Terrorism, and the Courts: Changes in the British Constitutional Landscape*, in 9 *Int'l J. Const. L. (I-CON)* (2011). Ma, come è stato evidenziato, nonostante la incorporazione della CEDU nell'ordinamento interno, in nome della sicurezza nazionale, i *case law* riguardanti la libertà di stampa e di espressione a cospetto dei diritti della *privacy* hanno privilegiato questi ultimi, limitando e sacrificando eccessivamente i primi: cfr. B.C. NEWELL, *Public Places, Private Lives: Balancing Privacy and Freedom of Expression in the United Kingdom* (2014). Proceedings of the 77th ASIS&T Annual Meeting, vol. 51 (1-10) (2014), disponibile su [//ssrn.com/abstract=2479093](http://ssrn.com/abstract=2479093). Anche con riferimento all'art. 9 dello *Human Rights Act*, che disciplina la libertà di religione e le limitazioni che la stessa può subire, i giudici britannici si sono uniformati alle interpretazioni offerte dalla Corte di Strasburgo: cfr. I. LEIGH, *Religious Freedom in the UK after the Human Rights Act 1998*, in P. BABIE - N. ROCHOW (curr.), *Freedom of Religion Under Bill of Rights*, Adelaide 2012, 239 ss.

<sup>86</sup> Con riferimento all'orientamento della Corte suprema statunitense, si rinvia al contributo di G. POGGESCHI, *Ridere e deridere. La satira negli USA ed in Francia fra libertà individuale ed esigenze collettive*, cit.; mettono in risalto il differente approccio della Corte Edu e della Suprema corte USA, rispetto alla libertà di espressione, invece, A. MORELLI - O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto* in *RivistaAIC*, 1/2018, 1 ss. Con specifico riferimento all'oramai consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte Edu che pone la tutela del sentimento religioso quale limite alla libertà di espressione v. M. OROFINO, *La tutela del sentimento religioso altrui come limite alla libertà di espressione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *RivistaAIC*, n. 2/2016, 1 ss.

<sup>87</sup> Così il giudice Brown nel caso *Reg v. Secretary of State for the Home Department*, ex parte *Cheblak* [1991] 1 W.L.R. 890, 902; *amplius*, su tale linea di astensione delle Corti britanniche ogni qual volta i diritti vengano ristretti per questioni di interesse nazionale, S. BROWN L.J., *Public Interest Immunity*, in *Pub. L.*, 1994, 579 ss.

<sup>88</sup> Sono sempre più numerose le ricerche a tal proposito. Tra i libri specificamente dedicati al tema, che vedono nell'autocensura un "codice di blasfemia moderno" e nelle varie misure previste dalla legislazione antiterrorismo e nelle restrizioni derivanti dalle varie misure approvate a presidio della sicurezza nazionale "forme multiple di legislazioni di blasfemia" si vedano i molteplici contributi di illustri autori britannici contenuti nei volumi collettanei: I. HARE (cur.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford-New York 2009; S. CHRISTOPHER - C.B. GREY - D. NASH (curr.), *Profane. Sacrilegious Expression in a Multicultural Age*, California-London 2014; P. CLITEUR - T. HERRENBERG (curr.), *The Fall and Rise of Blasphemy Law*, cit.

effetti, che le vignette dei giornalisti di Charlie Hebdo non siano state pubblicate da parte dei giornali britannici.

Nelle Università, invece, si è adottato un vero e proprio codice comportamentale, adattando il modello statunitense di “*safe place*” (originariamente concepito per membri appartenenti alla comunità LGTB e donne) a studenti appartenenti ad altre comunità religiose. Il divieto inizialmente previsto per le espressioni apologetiche del fascismo oggi si applica a quelle che, in qualche modo, riguardano critiche all’Islam, oppure all’esposizione di segni, simboli o raffigurazioni che in qualche modo si ritiene possano portare ad episodi di violenza<sup>89</sup>. Nella dimensione istituzionale, invece, basti qui ricordare il richiamo di Theresa May diretto ai *tweet* di Trump ritenuti lesivi dell’Islam e dei rapporti pacifici tra le comunità<sup>90</sup>.

Dopo tutto, nel lungo percorso che si è cercato qui di delineare, la società britannica ha maturato una tradizione di apertura al riconoscimento pluriconfessionale e, forse grazie alla storica presenza della *blasphemy libel*, ha elaborato meccanismi di sviluppo della libertà di espressione, pur rinunciando a ridere della religione degli altri.

---

<sup>89</sup> Una rassegna dei casi dei “*safe space*” nelle università britanniche viene riportato da R. HASAN, *Blasphemy, Multiculturalism and Free Speech in Modern Britain*, in P. CLITEUR - T. HERRENBURG (curr.), *The Fall and Rise of Blasphemy Law*, cit., 229 ss.

<sup>90</sup> A tal proposito si rinvia agli articoli di *The Sun*, *Frosty Relations: Theresa May blasts Donald Trump directly saying he shouldn't have shared Britain First propaganda*, 1st December 2017; CNN, *May says Trump was 'wrong' to share anti-Muslim videos*, 30 November 2017.

**Antonio Ruggeri**

**Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie  
nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda  
(a margine di [Corte cost. ord. n. 207 del 2018](#))\***

SOMMARIO: 1. Fraintendimenti concettuali riguardanti i valori fondamentali di dignità e vita (in ispecie, l'innaturale ribaltamento del *diritto costituzionale alla vita* nel supposto, ma inesistente, *diritto alla morte assistita*). – 2. Un duplice errore di cui si ha frequente riscontro e che anche oggi è dalla Consulta commesso: la risoluzione per intero della dignità nell'autodeterminazione del soggetto e la grave, intollerabile confusione tra la dignità stessa e la qualità della vita. – 3. La volontà “per sentito dire” o presunta, la micidiale questione di ordine pratico relativa al suo accertamento per i casi in cui il soggetto non sia più in grado di manifestarla, il carattere opportunamente e necessariamente non stringente delle DAT, sì da potersene avere la verifica alla luce di sopravvenute risultanze della scienza e, laddove quest'ultima si presenti al proprio interno divisa, il loro accontentamento in nome del principio di precauzione. – 4. Un equivoco ricorrente: la iniziale libertà in merito all'*an* sottoporsi a certi trattamenti sanitari ritenuta sempre integra e idonea a tradursi nel *contrarius actus*, con grave pregiudizio per la salute e la stessa vita del paziente, e l'apertura inopinatamente fatta dalla decisione in commento a pratiche di vera e propria eutanasia attiva. – 5. L'originale tecnica decisoria inventata dalla Consulta, debordante dal quadro degli strumenti predisposti per l'esercizio della giurisdizione costituzionale e, allo stesso tempo, foriera di gravi inconvenienti, la questione relativa a possibili soluzioni alternative adeguate allo scopo, l'eventuale “resistenza” dei giudici comuni opposta al verdetto con cui sarà chiusa la partita oggi rimasta in sospeso.

1. *Fraintendimenti concettuali riguardanti i valori fondamentali di dignità e vita (in ispecie, l'innaturale ribaltamento del diritto costituzionale alla vita nel supposto, ma inesistente, diritto alla morte assistita)*

La [ord. n. 207 del 2018](#) sarà di sicuro ricordata quale una delle decisioni della Corte che maggiormente hanno lasciato il segno nella giurisprudenza e, in genere, nella pratica giuridica del nostro Paese sia per la questione trattata e per ciò che in relazione ad essa è affermato e sia per la novità apportata al quadro delle tecniche decisorie, oggi arricchitosi di un nuovo tipo dai tratti complessivi peculiari e idoneo a produrre effetti imprevedibili, che solo col tempo potranno essere colti e fatti oggetto di adeguata sistemazione teorica.

La questione affrontata appare essere estremamente complessa ed impegnativa; e tale è sicuramente apparsa agli occhi dello stesso giudice costituzionale, tanto da indurlo appunto alla invenzione di una nuova specie di decisione, la sola a suo dire in grado di poter offrire un qualche appagamento alle esigenze evocate in campo dal caso o, quanto meno, di rimandare per un certo tempo l'adozione della decisione finale, nella speranza che il legislatore provveda a far luogo ad una disciplina idonea a farsi carico di tali esigenze. In fondo, la Corte ha confessato di non potervi provvedere da sola, con gli strumenti di cui dispone, e di conseguenza se un domani, restando inerte il legislatore, dovrà comunque fare da sé, è evidente che alcune delle esigenze stesse dovranno essere sacrificate ovvero che si assisterà ad una forzatura al piano delle tecniche decisorie<sup>1</sup>, frutto di quella

---

\* Intervento all'incontro di studio su *L'ordinanza n. 207 del 2018 tra aiuto al suicidio e trasformazione del ruolo della Corte costituzionale*, organizzato dal Centro studi “Rosario Livatino”, Università Europea di Roma 22 febbraio 2019, alla cui data lo scritto è aggiornato.

<sup>1</sup> ... la quale è, poi, una spia indicativa di una crescente insofferenza dimostrata dalla Consulta nei riguardi dei canoni che presiedono allo svolgimento dei suoi giudizi e, dunque, di una viepiù marcata tendenza alla sottolineatura della propria “anima” politica rispetto a quella giurisdizionale, diffusamente rilevata (perlopiù con non celata preoccupazione) specie davanti a talune recenti esperienze che significativamente la avvalorano (tra gli altri, C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella*

innaturale “supplenza” alla quale la Corte si è molte volte trovata costretta a far luogo, pur avendo ripetutamente dichiarato di non averla né “richiesta” né “gradita”<sup>2</sup>.

L’esame della decisione, proprio a motivo della varietà dei profili degni di nota, richiede la previa determinazione di una chiave di lettura che consenta di dipanare i fili strettamente intrecciati che avvolgono la questione di costituzionalità portata alla cognizione della Corte.

Occorre, dunque, fissare le coordinate di fondo su cui disporre la questione stessa al fine di poterla rivedere sotto la giusta luce, coordinate che a mia opinione sono date dai valori fondamentali di dignità e vita: le due basi portanti dell’intero edificio costituzionale eretto in funzione della salvaguardia della persona umana, due valori che peraltro s’implicano vicendevolmente se è vero che – come si è tentato di argomentare in altri luoghi<sup>3</sup> – la dignità presuppone la vita (e, anzi, come si dirà a momenti, fa tutt’uno con essa) ed è, dunque, fondata dalla vita stessa, alla quale però, allo stesso tempo, dà senso e fondamento.

Ora, proprio attorno alle basi portanti suddette la decisione qui annotata tesse una tela concettuale connotata, a mia opinione, da gravi e diffusi fraintendimenti.

Muovo qui da taluni assunti rappresentati in altri luoghi di riflessione scientifica, dei cui esiti ricostruttivi ora mi giovo al fine di svolgere talune succinte notazioni critiche nei riguardi della pronuncia in commento<sup>4</sup>. Il primo è che la vita umana costituisce una risorsa preziosa, imperdibile, per l’intera umanità, oltre che per la stessa persona e la cerchia ristretta dei suoi cari. Ogni persona, infatti, *per il mero fatto di essere tale*, concorre – per dirla con la stessa Carta costituzionale – al “progresso materiale o spirituale della società”<sup>5</sup>. Dalla prospettiva qui adottata, il termine “società” ha un’accezione più larga di quella con cui è usualmente inteso, riferendosi non soltanto alla comunità statale cui ciascun individuo appartiene e nella quale opera ma all’intero consorzio civile senza confini, all’umanità tutta insomma, dal momento che ogni volta che il filo della vita di una persona si spezza è l’intera umanità a soffrirne, a ricevere un *vulnus* irrimediabile, ad impoverirsi. Per quest’aspetto, si coglie ed apprezza, nella sua più ampia e allo stesso tempo densa accezione, il significato del valore fondamentale della solidarietà<sup>6</sup>, del legame cioè che unisce ogni individuo agli

---

‘giurisdizionale’, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017; v., inoltre, utilmente, in prospettiva comparata, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti - E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018).

<sup>2</sup> In questi termini è una nota affermazione del Presidente *pro tempore* G. Zagrebelsky, fatta in occasione della Conferenza stampa del 2004 e riferita alla mancata adozione di un’adeguata disciplina attuativa del nuovo Titolo V, un’affermazione nondimeno dotata – come si viene dicendo – di generale valenza.

<sup>3</sup> Ho toccato, ancora di recente, nuovamente questo punto, che mi sta molto a cuore qui pure mettere in particolare risalto, nel mio *La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in questa *Rivista, Studi 2018/II*, 392 ss.

<sup>4</sup> In aggiunta al mio scritto da ultimo richiamato, v., tra gli altri contributi in cui ho, da varie angolazioni e per finalità ricostruttive parimenti diverse, anticipato concetti ora con ulteriori svolgimenti ripresi, i miei *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2011, 15 dicembre 2010 e, nella stessa *Rivista*, *Dignità versus vita?*, 29 marzo 2011.

<sup>5</sup> La lettera dell’enunciato costituzionale sembra riportare al mero fatto dello svolgimento di un’attività lavorativa il progresso suddetto ma è fuori discussione che anche chi non può materialmente lavorare ovvero ha già lavorato (come i pensionati) offre comunque il proprio concorso all’avanzamento della società sotto ogni aspetto.

<sup>6</sup> Sulle cui declinazioni, tra i molti altri e variamente, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, e, dello stesso, *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Giappichelli, Torino 2007, 3 ss.; A. COSTANZO, *Declinazioni normative della solidarietà*, in AA.VV., *Struttura e senso dei diritti. L’Europa tra identità e giustizia politica*, a cura di F. Sciacca, B. Mondadori, Milano 2008, 169 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 305 ss., e dello stesso, ora, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in questa *Rivista, Studi 2018/III*, 533 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2016, 20 aprile 2016, 1 ss.; P. CHIARELLA, *Società a solidarietà limitata. Lo Stato sociale in Europa*, in *Pol. dir.*, 4/2017, 689 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino 2017; A. SCHILLACI, *Governo dell’economia e gestione dei conflitti nell’Unione europea: appunti sul principio di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, 17 marzo 2017, 27 ss.; S. GIUBBONI, *La solidarietà come “scudo”. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*,



altri, ovunque essi si trovino<sup>7</sup> e che proprio in talune circostanze drammatiche, che vedono alcune persone esposte a rischi e minacce per la loro stessa sopravvivenza, deve farsi azione e sostegno fraterno<sup>8</sup>.

Se la vita umana è un bene prezioso e imperdibile, se ne ha che la prima espressione della solidarietà che ciascuno di noi ha verso gli altri sta proprio nel tenersi in vita, sta cioè nel *dovere di vivere*. Può sembrare (e, in effetti, forse lo è) un concetto fin troppo duro da digerire e, soprattutto, mettere in pratica, specie in situazioni di estrema difficoltà e sofferenza, allorché ciò che si pensa in condizioni di quiete potrebbe – onestà impone di riconoscerlo – essere diverso da ciò che, in siffatti frangenti, si pensa e si vuole<sup>9</sup>; e, tuttavia, proprio questa è l'indicazione che, a mia opinione, linearmente discende dal modello, nella sua pura, rigorosa e ideale espressione<sup>10</sup>. L'ideale è, nondimeno, qualcosa verso cui occorre tendere, nella consapevolezza che ad esso ci si può il più delle volte solo avvicinare senza però riuscire a raggiungerlo. L'ordinamento, infatti, può *chiedere* ma non *imporre* a ciascuno di noi di compiere atti di eroismo, esattamente così come la Chiesa chiama tutti alla santità ma non la impone<sup>11</sup>.

L'autodeterminazione (o, diciamo meglio, l'autentica, genuina e attuale volontà) del soggetto è, dunque, fatta salva e rimane pienamente integra con riferimento all'*an*, all'adozione di certi comportamenti, omissivi o commissivi che siano, finalizzati alla salvaguardia della salute e, con riferimento a soggetti in precarie condizioni, a ciò che è necessario al loro stesso mantenimento in

---

3/2018, 591 ss.; G. BASCHERINI, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 245 ss.; utili indicazioni possono, poi, aversi dai contributi al Seminario del Gruppo di Pisa su *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Napoli 19 ottobre 2018, alcuni dei quali (a partire dalla relazione introduttiva dall'omonimo titolo di E. ROSSI) sono consultabili all'indirizzo telematico del [Gruppo di Pisa](#); infine, un chiaro quadro di sintesi è in S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, FrancoAngeli, Milano 2018, 271 ss.

<sup>7</sup> Sempre dal medesimo angolo visuale si può fino in fondo apprezzare la proiezione oltre i confini dello Stato della solidarietà, nella sua forma più elevata e genuinamente espressiva che la vede convertirsi in fraternità o – com'è stata chiamata da una sensibile dottrina – in “amore per i lontani” (A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); v., inoltre, almeno I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: 'come se' fossimo fratelli*, Jovene, Napoli 2011; F. PIZZOLATO, che ne ha trattato in molti scritti, tra cui *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova Editrice, Roma 2012, e, da ultimo, in *La fraternità matrice della «liberté d'aider autrui»*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 914 ss.; in prospettiva giusfilosofica, E. RESTA, *Il racconto della fraternità*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2016, 111 ss.).

<sup>8</sup> Si pensi solo alla vicenda, drammaticamente attuale, dei soccorsi in mare a persone disposte a mettere a rischio la loro esistenza pur di sottrarsi ad un destino atroce nei Paesi di origine, soccorsi che non possono essere negati per la elementare ragione, la cui comprensione purtroppo sfugge a certi operatori politico-istituzionali, che ciò ci è categoricamente imposto dal principio di solidarietà, nel suo fare “sistema” coi principi fondamentali restanti di una Carta che – non si dimentichi – è nata per restituire all'uomo la dignità in passato calpestata, specie durante il secondo conflitto mondiale.

<sup>9</sup> Non si trascuri, tuttavia, la circostanza, messa in evidenza specie dai cultori di bioetica, secondo cui proprio la sofferenza altera, appanna e, alle volte, soffoca la libertà e, con essa, la genuina formazione del volere.

<sup>10</sup> Ho avuto modo di rinnovare, ancora di recente, il mio convincimento sul punto in *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti*, cit., 406, in nt. 69.

Da una prospettiva, poi, di più ampio respiro, proprio grazie al riferimento alla solidarietà si coglie quello che, a mia opinione, è uno dei tratti distintivi dei diritti fondamentali nello Stato costituzionale, vale a dire la loro connotazione strutturale composita, in cui il potere si mescola inscindibilmente col dovere, ciascun diritto esprimendo altresì una carica deontica rispondente al duplice fine della salvaguardia della dignità di colui che ne è titolare e del servizio sullo stesso gravante nei riguardi del consorzio civile di appartenenza e dell'etica pubblica repubblicana. Discende infatti dal dovere di fedeltà alla Repubblica il dovere di far valere fino in fondo i diritti, se non altro allo scopo di evitare che si affermino e consolidino pratiche imitative degeneri che alla lunga porterebbero allo sfilacciamento del tessuto sociale e, con esso, alla dispersione del patrimonio dei valori fondanti il vivere in comunità [le basi di questa costruzione teorica, che mi sono sforzato di edificare in più studi, possono vedersi in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss. In argomento, di recente, interessanti spunti ricostruttivi sono venuti dal Seminario su *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, cit.].

<sup>11</sup> D'altro canto, come giustamente – per quest'aspetto – si è fatto di recente notare, “nessuno Stato può oggi erigersi a giudice morale rispetto alla quantità e alla qualità di sofferenza che il soggetto può essere disposto a tollerare” (F. RESCIGNO, *Brevi riflessioni laiche a margine del caso Cappato*, Intervento al Seminario su *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, Bologna 12 ottobre 2018, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#)).

vita.

Nessuno può, dunque, essere obbligato *manu militari* a sottoporsi a cure salva-vita, ad interventi chirurgici giudicati dai sanitari indispensabili e a quant'altro può giovare al prolungamento della vita<sup>12</sup>, senza che nondimeno ciò equivalga al riconoscimento di un vero e proprio diritto al suicidio e men che mai ad un suicidio medicalmente assistito, secondo quanto si mostrerà meglio a momenti<sup>13</sup>. Anche gesti estremi, quali quelli posti in essere da chi deliberatamente pone fine ai propri giorni, non possono essere purtroppo molte volte materialmente impediti, vanno tuttavia qualificati – qui è il punto<sup>14</sup> – come “fatti”, dolorosissimi per chi li compie così come per coloro che restano, schiacciati sovente da una montagna di rimorsi, ma non sono (e non possono essere) espressione di un diritto a darsi la morte che non è riconosciuto né dalla Costituzione né da altre Carte dei diritti aventi vigore in ambito interno<sup>15</sup>. Se, di contro, un siffatto, preteso diritto davvero si desse, si giustificherebbe

<sup>12</sup> Ciò che costituirebbe un attentato alla integrità fisica e morale della persona, come tale vietato dall'art. 13 della Carta costituzionale, non già – come si dirà a momenti – dall'art. 32, impropriamente da molti evocato in campo; ed è altresì vietato dalla CEDU, nella interpretazione datane da un risalente e consolidato orientamento interpretativo della Corte di Strasburgo (indicazioni, subito *infra*), come tale vincolante – alla luce di quanto stabilito da Corte cost. n. 49 del 2015 – altresì per gli operatori di giustizia nazionali (i quali, per vero, potrebbero, in punto di astratto diritto, denunziarne l'incompatibilità con la Carta costituzionale; ma, come si è appena fatto notare, sul punto v'è piena sintonia tra le due Carte dei diritti).

<sup>13</sup> Lucida l'argomentazione di un'accreditata dottrina con la quale si tiene ferma la distinzione di cui al testo (v., part., R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, spec. 150 ss.). *Contra*, da ultimo, G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 16 gennaio 2019, 24 ss.

<sup>14</sup> ... già in altri luoghi fissati: v., dunque, da ultimo, il mio *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti*, cit., spec. 407.

<sup>15</sup> D'altronde, non a caso – come si fa da tempo e da molti notare (per tutti, S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009, § 6) – la Costituzione, specie dopo la novella del 2007, vieta categoricamente la pena di morte.

La stessa giurisprudenza europea (segnatamente, nel noto caso *Pretty c. Regno Unito*, ma v., tra gli altri, almeno *Haas c. Svizzera* e *Gross c. Svizzera*), cui fa richiamo la decisione qui annotata, non riconosce il “diritto a morire” ma solo quello, ben diverso, alla salvaguardia della vita privata e familiare della persona [riferimenti, di recente, in L. RISICATO, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. Panella, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 285 ss., spec. 302 ss.; G. GENTILE, *Il caso Cappato e il diritto a morire (senza soffrire)*, in *Archivio Penale*, 3/2018, spec. al § 3; U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2018, spec. al cap. IV; R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2018, 104 ss.; A. MORRONE, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, Introd. al Seminario dall'omonimo titolo, cit.; E. FALETTI, *Suicidio assistito e principio di separazione dei poteri dello Stato. Alcune osservazioni a margine della ordinanza 207/2018 sul “caso Cappato”*, in *Europeanrights.eu*, 1 gennaio 2019, § 4; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019, 22 gennaio 2019, § 6; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 149 ss.; R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, in corso di stampa per i tipi della Aracne di Roma. Vede nella giurisprudenza europea un “progressivo riconoscimento”, sia pure in casi eccezionali, del suicidio assistito M. D'AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, relaz. al Seminario su *Autodeterminazione terapeutica e questioni di fine vita*, Roma 23 ottobre 2017, in *Giurisprudenza Penale*, 11/2017, § 6. Non hanno tentennamenti A. MANNA e P. GUERCIA, *L'autoresponsabilità quale argine costituzionale a peculiari forme di paternalismo penale: i casi Cappato e Tarantini*, in *Parola alla Difesa*, 3-4/2018, 225, nell'affermare che non è più “controvertibile il rilievo in base al quale possiamo ormai classificare come pregnante il riconoscimento, operato dalla Corte di Strasburgo, di un diritto a morire”. Quand'anche, poi, siffatto riconoscimento dovesse un domani *claris cum verbis* aversi, gli si potrebbe pur sempre opporre il rispetto dei principi fondamentali di diritto interno nel loro fare “sistema”. Senza, infatti, ora riprendere la vessata questione circa il posto da assegnare in ambito interno alla CEDU o alla Carta dei diritti dell'Unione (e ad altre Carte ancora), cui la giurisprudenza costituzionale e la dottrina corrente riconoscono – a mia opinione, indebitamente – un rilievo differenziato, e senza neppure tornare a verificare se il singolo principio fondamentale possieda la qualità e disponga della forza per opporsi all'ingresso di norme e pronunzie delle Corti europee con esso incompatibili, è sicuro che nessun effetto esse possono produrre nell'ordine interno per il caso che urtino con l'intera tavola dei valori fondamentali nel loro fare “sistema”; e che la Costituzione si ponga tutta quanta al servizio

l'imposizione di comportamenti attuosi ovvero omissivi a carico di terzi volti a non ostacolarne o addirittura ad agevolarne la realizzazione: quest'ultima – come si è venuti dicendo – va, fin dove possibile, scongiurata, di certo non incoraggiata, tant'è che chi assiste a soggetti che si accingono a porre in essere un atto di autosoppressione, se può, ha da fare il possibile per impedirlo<sup>16</sup>.

Di qui, l'impossibilità di distinguere – come pure da taluno prospettato<sup>17</sup> – tra il diritto all'aiuto a morire, il cui riconoscimento è dalla ordinanza in commento sollecitato al legislatore, e il diritto a morire di persona che versi in una condizione di grave sofferenza fisica e morale, patrocinato dall'atto con cui il giudice milanese ha sollevato la questione di costituzionalità<sup>18</sup>. L'uno diritto, infatti, poggia sul secondo; e, in tanto perciò se ne può predicare la esistenza e reclamare la tutela, in quanto previamente si ammetta quest'ultimo.

Ciò che, però, non può aversi e non si ha, la Costituzione (e le altre Carte dei diritti<sup>19</sup>) salvaguardando la vita, non la morte, di ciascun essere umano.

Di qui, poi, per logica conseguenza, il carattere parimenti improprio del riferimento da tempo e da

---

della persona umana, in ispecie della coppia assiologica di dignità e vita che la identifica e qualifica, non è da mettere in dubbio.

<sup>16</sup> Di certo, inimmaginabile è che coloro che assistono dalla strada ad un individuo che da un cornicione di un palazzo sta per fare un salto nel vuoto s'interrogino dapprima sulla sua volontà o sulle sue condizioni di salute o quant'altro possa stare a base dell'evento tristissimo che sta per accadere, prima di disporre un telone salva-vita o qualsiasi altra misura sia considerata necessaria ad evitare la morte. E così pure per coloro che operano presso gli ospedali ai quali siano portate persone in stato d'incoscienza che si siano tagliate le vene o abbiano adottato altri comportamenti chiaramente espressivi di proposito di suicidio (altri esempi ancora possono vedersi in M. RONCO, *L'istigazione e l'aiuto al suicidio*, all'indirizzo telematico del [Centro Studi Rosario Livatino](#), 4 settembre 2017, ult. par., e ivi il rilievo per cui colui che si adopera per impedire il suicidio altrui "si avvale indiscutibilmente della scriminante della legittima difesa in vantaggio del terzo ex art. 52 c.p.", così come chi non presta soccorso a persona che abbia posto in essere il tentativo di uccidersi si rende responsabile del reato di cui all'art. 593 c.p.).

<sup>17</sup> M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 15 marzo 2017, § 6; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3 dicembre 2018, in nt. 12, e, da ultimo, G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, cit., 50 ss.

<sup>18</sup> Sul punto, v., part., C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in [Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 3/2018, che tiene a precisare (§ 4) come si dia "una cesura logica e fattuale netta tra, da un lato, 'lasciarsi morire' (rifiuto dei trattamenti terapeutici) e, dall'altro, 'darsi la morte' (suicidio) o 'farsi aiutare a morire' (aiuto al suicidio) o 'farsi uccidere'" (omicidio del consenziente). La stessa T. dichiara che "sul diritto di morire per mano d'altri la Costituzione non dice"; a mia opinione, come subito si vedrà, invece, la Costituzione vieta. V., inoltre, sul punto, R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, cit., 97 ss., spec. 100, laddove si rileva criticamente in seno alla ordinanza del giudice milanese "l'assimilazione tra il rifiuto/interruzione delle terapie e l'aiuto al suicidio che consentirebbe di valorizzare l'autodeterminazione del soggetto e di estendere all'aiuto al suicidio l'efficacia del consenso alla interruzione di cure", e, ancora, P.F. BRESCIANI, *Termini di giustificabilità del reato di aiuto al suicidio e diritti dei malati irreversibili, sofferenti, non autonomi, ma capaci di prendere decisioni libere e consapevoli* (Nota a Corte cost., ord. n. 207/2018), in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 14 dicembre 2018; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, cit., e, ora, R.G. CONTI, *ult. cit.*, spec. al cap. II, § 5, il quale tiene a rimarcare la differenza esistente tra il comportamento del medico che stacchi la spina al paziente, dietro richiesta di quest'ultimo, e quello della somministrazione di un farmaco che gli procuri la morte immediata ed indolore: sta di fatto, però, che in un caso e nell'altro dal comportamento discende *in modo diretto e inevitabile* l'effetto della morte; ciò che – come qui pure si viene dicendo – non può, a mia opinione, aversi. Lo stesso C., d'altronde, riconosce in modo esplicito che "nulla e nessuno può vietare ad un soggetto di porre fine, in via autonoma, alla propria esistenza. Ma nemmeno sembra potersi ritenere che lo Stato debba farsi carico di attuare questa volontà".

<sup>19</sup> Non si dimentichi quanto affermato dalla Corte europea in *Haas c. Svizzera*, dietro già richiamato, laddove il giudice di Strasburgo ha avvalorato la pronuncia del Tribunale federale elvetico con cui è stato impedito ad una persona che intendeva porre fine ai propri giorni di acquistare senza prescrizione medica un farmaco letale, ponendo la condizione che la stessa fosse "in condizione di orientare liberamente la propria volontà a tal fine e di agire di conseguenza" (p. 51). Non c'è dunque, e non può esservi, un "obbligo positivo" per lo Stato di offrire assistenza ad un soggetto desideroso di morire; ciononostante, la disciplina vigente nella Confederazione elvetica, che acconsente al suicidio assistito, non è stata giudicata contraria alla Convenzione (si sofferma, da ultimo, sulla nota vicenda R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, cit., cap. II, § 5).

molti fatto al principio di eguaglianza<sup>20</sup> e presente anche nella ord. 207<sup>21</sup>, per l'aspetto della discriminazione che si farebbe tra coloro che sono in grado di porre da sé fine alla propria esistenza e coloro che sono invece incapaci di farlo, sommato al parimenti improprio riferimento fatto alla dignità della persona, che ne sarebbe altrimenti menomata<sup>22</sup>. La violazione del principio di eguaglianza, infatti, può essere denunciata a condizione che previamente si dimostri la lesione di un diritto costituzionalmente riconosciuto, che qui però non c'è. La Corte sembra invece innaturalmente convertire la *libertà materiale* (e non già espressiva di una posizione costituzionalmente garantita) di persona che è in grado di porre da sé fine alla propria esistenza nel *diritto costituzionale* di persona inautonoma a pretendere da terzi l'adozione di comportamenti idonei allo scopo: sembra, cioè, offrire un sussidio giuridico a chi di quella libertà più non dispone, mettendolo in grado di portare ad effetto la propria volontà.

Contraddetta e abbandonata lungo la via è, dunque, sia pure in relazione a persone che versano in una condizione di estrema difficoltà, la premessa fissata in via di principio dal giudice delle leggi nel suo articolato ragionamento, secondo cui “dall'art. 2 Cost. – non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire”: dal diritto alla vita, infatti, non può “derivare il diritto di rinunciare a vivere, e dunque un vero e proprio diritto a morire”<sup>23</sup>.

Si assiste così ad un ribaltamento dell'ordine logico ed assiologico risultante dalla Carta: il *diritto alla vita* è snaturato, fatto scivolare e risolto nel *diritto alla morte assistita*, esattamente così come si è soliti fare da parte di molti in relazione al diritto alla salute convertito nel suo opposto, nel diritto alla “non salute”; ed è francamente singolare e stupefacente la circostanza per cui la libertà di darsi o farsi dare la morte sia ricondotta al disposto costituzionale posto proprio a garanzia del diritto alla salute<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Tra gli altri e di recente, C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2018, 3 ss., spec. 12 ss.; A. SANTOSUOSSO - P. BELLOLI, *Paradossi nel procedimento Cappato. Tre aporie generate dall'art. 580 c.p. a proposito di aiuto al suicidio*, Intervento al Seminario su *Questioni di fine vita e libertà: il procedimento Cappato davanti alla Corte*, Roma 13 giugno 2018, in [Giurisprudenza Penale](#), 25 settembre 2018, § 4.2; G. DI COSIMO, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, relaz. al Seminario dall'omonimo titolo, cit., e, pure *ivi*, I. PELLIZZONE, *L'aiuto al suicidio dinanzi alla Corte costituzionale: spunti per delimitare la questione di legittimità costituzionale a partire dal principio di ragionevolezza*, e P. VERONESI, *Aiuto al suicidio e fine vita del malato sofferente: quali possibili risposte della Consulta alla quaestio Cappato-DJ Fabo?*, § 4.

<sup>21</sup> Ancora, C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, cit., § 8.1.

<sup>22</sup> Tra gli altri, G.M. FLICK, *Considerazioni sulla dignità*, Intervista rilasciata ad A. D'Aloia per conto di [Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 2/2017, 13; ma v., in avverso, G. RAZZANO, *Il diritto di morire come diritto umano? Brevi riflessioni sul potere di individuazione del best interest, sull'aiuto alla dignità di chi ha deciso di uccidersi e sulle discriminazioni nell'ottenere la morte*, in [Archivio Penale](#), 3/2018, 30 ottobre 2018, ult. par., e, della stessa, ora, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, cit. Sul punto si tornerà di qui a breve.

<sup>23</sup> P. 5 del *cons. in dir.*

<sup>24</sup> Quest'appunto critico è, già, nel mio *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 3 dicembre 2009, § 2; puntuali rilievi in argomento, di recente, in G. RAZZANO, *Il diritto di morire come diritto umano?*, cit., spec. al § 2, e, da ultimo, in *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, cit.; E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *paper*; A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, relaz. predisposta per il convegno su *Valetudo et religio: intersezioni fra diritto alla salute e fenomeno religioso*, che avrà luogo il 4 aprile 2019 presso l'Università “La Sapienza” di Roma, in *paper*, e L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, cit., 168, a cui opinione la pronunzia in commento avrebbe fatto luogo ad una modifica tacita dell'art. 32 cost. Non è, d'altronde, casuale che nell'ordinanza di remissione del giudice milanese non si faccia prudentemente menzione in modo esplicito di tale disposto, nondimeno ugualmente in buona sostanza evocato in campo [qualifica il disposto in parola il “grande assente” nella ordinanza suddetta A. ALBERTI, *Il reato d'istigazione o aiuto al suicidio davanti alla Corte costituzionale. Il “caso Cappato” e la libertà di morire*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 20 marzo 2018; invitano, tra gli altri, a fermare l'attenzione sul punto anche S. GIANELLO, *La strada impervia del giudizio incidentale. Nota all'ordinanza di remissione nel “processo Cappato”*, in [Diritti Comparati](#),

2. Un duplice errore di cui si ha frequente riscontro e che anche oggi è dalla Consulta commesso: la risoluzione per intero della dignità nell'autodeterminazione del soggetto e la grave, intollerabile confusione tra la dignità stessa e la qualità della vita

Il vero è che, alla base della torsione complessivamente operata a danno del valore della vita e della sua innaturale conversione nel suo opposto, col conseguente riconoscimento della legittimità di pratiche volte a determinare la prematura chiusura della esistenza, si dà un equivoco di fondo in relazione al valore della dignità, al modo con cui esso fa tutt'uno con la vita, spianandosi così la via a pratiche idonee ad assicurare – come si diceva – una “morte degna”<sup>25</sup>. Un equivoco che, peraltro, fa da sfondo all'intero impianto della legge n. 219 del 2017<sup>26</sup>, alla quale l'ordinanza in commento fa ampio richiamo, assumendola in buona sostanza quale punto culturale di riferimento al fine della reinterpretazione degli enunciati costituzionali e della loro composizione in sistema<sup>27</sup>: una sorta di originale *tertium comparationis* determinante il modo con cui è impostata la questione<sup>28</sup>.

---

26 febbraio 2018; M. D'AMICO, *Scegliere di morire “degnamente” e “aiuto” al suicidio: i confini della rilevanza penale dell'art. 580 c.p. davanti alla Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il Biotestamento. Prime regole sul fine vita. Riflessioni a margine della legge 219/17*, in [dirittoesalute](#), 4/2018, 30 ottobre 2018, § 5, e già in *Corr. giur.*, 6/2018, 737 ss.; S. BISSARO, *Le (non insuperabili) strettoie del giudizio incidentale alla prova del caso “Cappato”*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 28 luglio 2018, § 5; A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul “caso Cappato”*, Intervento al Seminario su *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, cit., ult. par.; M. PICCHI, *“Leale e dialettica collaborazione” fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 31 dicembre 2018, 6].

<sup>25</sup> In questi (e simili) termini ne discorre una crescente schiera di studiosi, alcuni dei quali nondimeno sembrano essere avvertiti dell'ambiguità insita nel sintagma riportato nel testo: v., dunque, almeno S. GAMBINO, *Diritto alla vita, libertà di morire con dignità, tutela della salute. Le garanzie dell'art. 32 della Costituzione*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2011, spec. al § 4; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014; L. RISICATO, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”. Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalista*, Giappichelli, Torino 2008, e, della stessa, ora, *La dignità del morire tra principi costituzionali, norme penali obsolete e legislatore renitente: una ricognizione laica dei confini artificiali della vita*, cit., 285 ss.; V. PAGLIA, *Sorella morte. La dignità del vivere e del morire*, Piemme, Milano 2017; U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, cit.; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè - Francis Lefebvre, Milano 2018, spec. 94 ss.

<sup>26</sup> ... fatto oggetto di numerosi commenti di vario segno [riferimenti in B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2018; U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, cit., spec. 81 ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, Torino 2018; AA.VV., *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Giappichelli, Torino 2018; M. RINALDO - C. CICERO, *La dignità del morire, tra istanze etiche e giuridiche*, in *Dir. fam. pers.*, 3/2018, 1003 ss., e nei contributi al forum su *La legge n. 219 del 2017* che sono in [Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 1/2018, nonché, nella stessa *Rivista*, in G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/2017*, 2/2018, 97 ss., e, dello stesso, *La legge 219/17 tra molte luci e qualche ombra*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2019, 5 febbraio 2019; i contributi che sono in [dirittoesalute](#), 4/2018, 30 giugno 2018; M. DI MASI, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita. Riflessioni a margine della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in [Diritti Comparati](#), 3/2018, 110 ss.; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, cit.; R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, cit.].

<sup>27</sup> Nulla di strano, ovviamente, si ha per quest'aspetto, il circolo ermeneutico costituendo ormai un dato acquisito a beneficio della teoria e della pratica giuridica, già a partire dalla felice intuizione della *durchgehende Korrelation* tra Costituzione e legge (ed atti di normazione in genere) espressa da A. ROSS nella sua *Theorie der Rechtsnormen* del '29. Il punto è, però, che dalle leggi possono venire materiali e suggestioni varie idonee alla incessante rigenerazione semantica degli enunciati costituzionali non incondizionatamente ma, all'inverso, solo dopo che ne sia stata provata l'attitudine allo scopo e non già che essa sia sempre e comunque meramente affermata.

<sup>28</sup> Già in altra sede, annotando a prima lettura la ord. 207, si è osservato come la decisione in esame dia un sostanziale avallo a talune previsioni della legge 219, anticipando pertanto quello che potrebbe essere il (benevolo) giudizio sulle stesse qualora la Consulta dovesse essere chiamata a pronunciarsi in merito alla loro validità [v., dunque, il mio [Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale \(a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato\)](#), in questa *Rivista*, [Studi 2018/III](#), 571 ss.].

Qui, la Corte cade, a mio modo di vedere, in un duplice errore.

In primo luogo, accede ad un'accezione meramente ed esclusivamente soggettiva della dignità, facendola in buona sostanza scivolare e risolvere per intero nell'autodeterminazione della persona<sup>29</sup>; la qual cosa – si faccia caso – produce un effetto ancora più negativo di quello cui, a conti fatti, pervengono i sostenitori del pensiero “scettico”, che giudicano “inutile” o – come pure è stato detto<sup>30</sup> – “stupido” il concetto di dignità, sì da non potersene fare alcun uso. Di contro, i fautori dell'accezione – potrebbe dirsi – “pansoggettivistica” della dignità portano acqua al mulino di quanti rimettono al libero ed insindacabile volere di ciascun individuo la realizzazione dei progetti di vita o di... “non vita” che ogni persona si dà.

Ora, per un verso, va ribadito che nessuno dubita che l'autodeterminazione – come si è fatto in altri luoghi notare – costituisca un bene prezioso, bisognoso come tale di essere preservato e trasmesso integro nel tempo; al pari, però, di ogni bene costituzionalmente protetto, esso va incontro a limiti comunque invalicabili e richiede pur sempre di comporsi e bilanciarsi armonicamente con altri beni parimenti protetti<sup>31</sup>. Per un altro verso, poi, la dignità, al fine di essere colta nella sua essenza ed apprezzata come si conviene, richiede di essere rivista anche (e soprattutto) da una prospettiva

<sup>29</sup> A quest'esito, peraltro, perviene una nutrita schiera di studiosi di varia estrazione: tra gli altri, ancora non molto tempo addietro, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013, 210, ha lapidariamente affermato che “la vita degna di essere vissuta, allora, è quella che la persona autonomamente costruisce come tale. Non vi sono vite ‘indegne’ fuori da quelle che altri pretendono di costruire al nostro posto, violando così il diritto all'autorappresentazione e alla competenza a orientarsi nel mondo” [sul pensiero di Rodotà, ora, i contributi che sono in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1/2018, e *ivi part.* S. ZULLO, *Il diritto di avere “nuovi” diritti nell'età della tecnica. La filosofia del diritto di Stefano Rodotà*, 189 ss., nonché i contributi al convegno su *Stefano Rodotà: la cultura del diritto*, Università “La Sapienza” di Roma, 18 maggio 2018, e P. COSTANZO, *Stefano Rodotà, costituzionalista*, in *Media Laws*, 3/2018, 24 luglio 2018].

Sui nessi tra dignità e autodeterminazione, v., part., C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino 2012, 60 ss., e, dello stesso, con specifico riguardo alle esperienze di fine-vita, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2018, 3 ss. Non si trascuri tuttavia l'avvertenza di un'accreditata dottrina secondo cui l'autodeterminazione può, specie in talune sofferte vicende della vita, tradursi in comportamenti lesivi della dignità [ancora di recente, G.M. FLICK, *Considerazioni sulla dignità*, cit., 8, che riprende e precisa ulteriormente alcune indicazioni date nel suo *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015; v., inoltre, M. REICHLIN, *La discussione sulla dignità umana nella bioetica contemporanea*, in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2/2017, 93 ss.] o – come pure è stato lucidamente rilevato (V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., spec. 31 ss.) – portare all'esito abnorme di fare di ciascuno di noi “un potenziale tiranno di sé stesso” (38).

<sup>30</sup> S. PINKER, *The stupidity of dignity*, in *The new Republic*, 28 maggio 2008, richiamato anche da B. SGORBATI, *La dignità umana tra diritto internazionale, fondamenti storico-filosofici e prospettive nell'ambito del biodiritto*, *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2/2017, 72, in nt. 4; la “poliedricità” del concetto è, tra gli altri, rilevata, oltre che dalla stessa Sgorbati, da M. BELLOCCI - P. PASSAGLIA, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, all'indirizzo telematico della *Corte costituzionale*, 2007; A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, ESI, Napoli 2012 e, della stessa, *Dignità. Le contraddizioni*, in *Scritti in onore di G. Silvestri, III*, Giappichelli, Torino 2016, 1785 ss., e, pure *ivi*, G. ZAGREBELSKY, *Dignità e orrore*, 2635 ss.; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 315 ss.; G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 247 ss.; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 127 ss., ma *passim*; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., spec. 15 ss.; A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, spec. § 4. In prospettiva giusfilosofica, v. la sintetica ma densa rappresentazione della pluralità delle accezioni via via prospettate della dignità che è in F. VIOLA, *Dignità umana*, in *Enc. fil.*, III (2006), 2863 ss.; v., inoltre, E. RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Giappichelli, Torino 2014; G. TURCO, *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Giappichelli, Torino 2017, e, ora, AA.VV., *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, a cura di V. Marzocco, Giappichelli, Torino 2018, e G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, cit., 54 ss.

<sup>31</sup> Puntuali rilievi al riguardo in A. SPADARO, *I “due” volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, in *Scritti in onore di G. Silvestri, III*, Giappichelli, Torino 2016, 2296 ss. De *Il principio costituzionale di autodeterminazione individuale* si è dibattuto a Cassino il 14 dicembre 2018. Oggetto di animate discussioni – come si sa – la questione dell'autodeterminazione in relazione alla questione delle vaccinazioni: tra i molti altri, v. M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2017, 455 ss.; N. VETTORI, *Le decisioni in materia di salute tra precauzione e solidarietà. Il caso delle vaccinazioni*, in *Dir. pubbl.*, 1/2018, 181 ss., e L. RAMPA, *Autodeterminazione e coercizione nella legislazione sulle vaccinazioni. Un approccio non giuridico*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 937 ss.

oggettiva, che trascende la volontà dei singoli e può, dunque, alla stessa imporsi, laddove ne ricorrano le condizioni costituzionalmente stabilite<sup>32</sup>. Lo dimostra inconfutabilmente la circostanza stessa che della dignità è fatta menzione in alcuni enunciati della Carta costituzionale (e di altre Carte<sup>33</sup>), tra i quali un particolare significato è da assegnare al disposto di cui all'art. 36, col richiamo in esso fatto all'"esistenza libera e dignitosa", punto di riferimento essenziale non soltanto al fine della determinazione della retribuzione adeguata ad assicurarla<sup>34</sup> ma anche – come si è tentato di mostrare altrove<sup>35</sup> – in ordine al riconoscimento dei nuovi diritti fondamentali, intesi quali bisogni elementari dell'uomo senza il cui appagamento l'esistenza risulterebbe priva delle due qualità menzionate nel disposto costituzionale ora richiamato, bisogni che a mia opinione rinvergono in consuetudini culturali di riconoscimento diffuse e radicate nel corpo sociale il loro indice oggettivo identificante maggiormente sicuro.

In secondo luogo, poi, si confonde la dignità con la qualità della vita.

Qui è il *punctum dolens* della questione oggi nuovamente discussa. La Corte sembra trascurare il dato elementare per cui la dignità fa tutt'uno con la persona, con la *humanitas*, e sussiste perciò per il mero fatto della esistenza in vita, anzi si ha ancora prima che l'individuo venga alla luce e si trovi in formazione nel grembo materno e, a mia opinione, perdura persino dopo la morte, in essa appunto rinvenendo giustificazione la *pietas* dovuta ai defunti, alla loro dignità appunto<sup>36</sup>.

V'è di più. Anche coloro che sono convinti di non recare offesa alla propria dignità adottando certi comportamenti palesemente contrari all'etica pubblica repubblicana o, diciamo pure, che ritengono di poterne disporre a piacimento, in realtà, pur laddove svendano il proprio corpo, si abbrutiscono, si trasformino in belve assassine e pongano in essere comportamenti in genere comunemente intesi di dismissione della dignità, ebbene vanno comunque trattati come se non l'abbiano mai perduta, vanno appunto rispettati nella loro dignità, per la elementare ragione che – come qui pure si viene dicendo<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Raguagli sul punto, di cruciale rilievo, nei miei *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, cit., e *Dignità versus vita?*, cit.; cfr. V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., spec. 31 ss. Si richiama alla duplice connotazione della dignità di cui è parola nel testo, ora, anche R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, cit., cap. II, § 4.

<sup>33</sup> ... tra le quali, principalmente, la Carta dell'Unione che, nella sua originale sistematica, proprio alla dignità assegna – come si sa – uno speciale, prioritario rilievo.

<sup>34</sup> Evidentemente inconcepibile, infatti, dar rilievo alla volontà di ciascun lavoratore al fine di stabilire la misura della retribuzione, la quale richiede piuttosto di essere ancorata a parametri oggettivi.

<sup>35</sup> ... e, segnatamente, nel mio [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), in AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 337 ss., nonché in questa [Rivista, Studi 2016/II](#), 263 ss.; cfr., sul punto, G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, Bologna 2017, e, ora, F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Mucchi, Modena 2018, spec. 46 ss.

<sup>36</sup> In dottrina, si è – come si sa – argomentata da tempo la tesi secondo cui l'oltraggio al cadavere o alla sua memoria costituirebbe esclusivamente offesa per i familiari del defunto e, in genere, per coloro che gli sono sopravvissuti. La qual cosa, ovviamente, non si nega, anche se – come si viene dicendo – il *vulnus* va oltre la cerchia dei viventi e colpisce, a mio modo di vedere, la stessa persona che non c'è più, nella sua essenza, la sua dignità. Uno spunto in tal senso, peraltro, è presente da tempo nella più avvertita dottrina penalistica, che ha messo in evidenza "la proiezione ultrasensibile" della persona, rappresentata dal cadavere, che dunque "conserva una sua connaturata dignità umana, che lo rende incomparabilmente diverso da tutte le altre cose" [F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Padova 1974, 340; in tema, tra i molti altri e variamente, F.P. GABRIELI, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà verso i defunti*, Giuffrè, Milano 1961; G. FIANDACA, *Pietà dei defunti (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XXIII (1990); A. ROSSI VANNINI, *Pietà dei defunti (delitti contro la)*, in *Dig./Disc. Pen.*, IX (1995)]. Similmente, quanto alla legislazione sul negazionismo la cui giustificazione rinviene proprio nella salvaguardia della dignità delle vittime, oltre che dei loro cari e della collettività tutta, la sua ragione d'essere (da ultimo A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 198, con richiamo ad un pensiero di D. Bifulco).

La dignità, insomma, è come la memoria che sopravvive al fatto storico cui si riferisce, ovverosia "copre anche la memoria e il vissuto e la personalità stessa della persona che non è più" (V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., 100), o, se si preferisce dire diversamente, è come l'anima che vive oltre la morte, ed anzi che ha vera vita proprio dopo quest'ultima; diversamente dall'anima, comunque, la dignità – come si viene dicendo – ha vera vita sia durante quest'ultima che dopo la sua cessazione.

<sup>37</sup> ... e, già, in altri luoghi, tra cui di recente il mio *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti*, cit., 409 s.

– la dignità non può essere mai perduta, facendo tutt’uno con la esistenza stessa della persona<sup>38</sup>.

Sta proprio in ciò la differenza di fondo tra la vita e la dignità: che l’una, in talune situazioni estreme, è disponibile ed anzi il suo sacrificio viene inteso proprio come la massima realizzazione della persona, fulgida espressione di civica virtù<sup>39</sup>, mentre l’altra è comunque incredibile, in nessun caso l’ordinamento potendo pretendere da ciascuno di noi la rinuncia alla dignità, lo smarrimento della umanità, l’innaturale conversione della persona in un tronco d’albero o in uno schiavo e, in genere, in una *res*<sup>40</sup>.

Le sofferenze – com’è chiaro – vanno, fin dove possibile, evitate, prendendosi cura in ogni modo delle persone che ne sono afflitte<sup>41</sup>; esse però – qui è il punto – non spengono, ma all’inverso esaltano, la dignità e, perciò, come tali, non giustificano il dare la morte anche a coloro che, in preda alla disperazione, la invocano. Come si diceva, il suicidio è (e rimane) un “fatto”, non un diritto (o l’oggetto di un diritto); e, dunque, comportamenti, omissivi ovvero commissivi, idonei a portare all’effetto di provocare in modo *diretto, immediato e necessario* la morte di una persona hanno pur

---

<sup>38</sup> Di qui il legame indissociabile che si intrattiene tra il principio di dignità e il principio di persona: V. SCALISI, *L’ermeneutica della dignità*, cit., spec. 26 ss. e, con specifico riguardo alla condizione dei rifugiati, tra gli altri e di recente, C. PINELLI, *Il principio di dignità e la giurisprudenza sui diritti dei richiedenti asilo*, in *Diritti Comparati*, 3/2018, 6 novembre 2018, 37 ss. Anche per F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in AA.VV., *Colloqui sulla dignità umana*, a cura di A. Argiroffi - P. Becchi - D. Anselmo, Aracne, Roma 2008, 107 (al cui pensiero si è, tra gli altri, richiamato R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell’art. 5 del codice civile?*, in questa *Rivista, Studi 2018/1*, 228 e nt. 33), la dignità “non può essere perduta da alcun essere umano, anche da quello più misero e sofferente o da quello più miserabile e abbruttito”; similmente, per G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, cit., 57, essa “non deve essere ‘meritata’ dal singolo individuo e non può mai essere perduta, qualunque sia il comportamento tenuto”. Efficacissima, poi, l’affermazione di M.A. GLENDON, *Il fondamento dei diritti umani: il lavoro incompiuto*, ora in AA.VV., *Tradizioni in subbuglio*, a cura di P.G. Carozza e M. Cartabia, Rubbettino, Soveria Mannelli 2007, 98, secondo cui “i diritti umani sono fondati sul dovere di ciascuno di portare a compimento la propria dignità, che a sua volta obbliga a rispettare la ‘donata’ scintilla di dignità presente negli altri, qualunque cosa costoro ne abbiano fatto”.

<sup>39</sup> Riprendo ora nuovamente alcuni esempi già in altri luoghi fatti; e così il pilota d’aereo che perda il controllo del veicolo e che potrebbe proiettarsi fuori della carlinga e salvarsi e invece vi rinuncia, sacrificando scientemente la propria vita nel disperato intento di dirottare in mare o in aperta campagna l’aereo stesso oppure la madre, colpita da tumore, che non si cura per non pregiudicare la salute e la stessa vita del figlio o, ancora, chi si offre in ostaggio di delinquenti barattando la propria persona con quella di altre private della loro libertà personale e, in genere, chi dà se stesso e la propria vita a beneficio di altri: ebbene tutti costoro sono degli eroi per lo Stato e dei santi per la Chiesa perché hanno fatto della propria esistenza un dono che illumina e vivifica l’esistenza altrui e, così facendo, hanno esaltato e sublimato la propria dignità.

<sup>40</sup> Sta proprio in ciò la differenza tra la dignità ed ogni altro diritto e, in genere, bene della vita costituzionalmente protetto: che questi ultimi sono pur sempre obbligati a soggiacere ad operazioni di bilanciamento, specie nei casi maggiormente complessi e sofferti, mentre la prima è l’“assoluto costituzionale” ovverosia – secondo la bella immagine di un’accreditata dottrina (G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, all’indirizzo telematico dell’[Associazione Italiana dei Costituzionalisti](#), 14 marzo 2008, e, dello stesso, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, 3 ss.) – è la “bilancia” su cui si dispongono i beni stessi in vista della loro mutua ponderazione. Si sono, tra gli altri, rifatti a questa indicazione teorica G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, cit., e C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, cit., 205 ss.; altri riferimenti, ora, in V. SCALISI, *L’ermeneutica della dignità*, cit., 41 ss., spec. 44 s. Considerano, invece, la dignità soggetta a bilanciamento, tra gli altri, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., del quale v. inoltre, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1270 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.* 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.

<sup>41</sup> ... restando, nondimeno, salvo l’obbligo gravante sul medico di astenersi dal porre in essere pratiche espressive di accanimento terapeutico, di astenersi cioè – come dice la stessa legge 219 (art. 2, c. 2) – “da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati” (in argomento, da ultimo e per tutti, L. CHIEFFI, *Il diritto all’autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, cit., 73 ss.). Soccorre, dunque, in circostanze siffatte, in cui si presenti imminente la morte della persona, il dovere di accompagnamento fraterno – la massima, forse, delle espressioni dell’umana solidarietà – verso l’ultimo passo, un dovere che grava su tutti coloro che stanno attorno e amorevolmente accudiscono il paziente, risparmiandogli comunque sofferenze gratuite attraverso la sedazione profonda e continua.



sempre carattere delittuoso e come tali vanno trattati, pur laddove ricorrano condizioni oggettive in grado di attenuare l'illecito<sup>42</sup>. Né vale opporre – come invece molti fanno – che il suicidio (o, meglio, il tentativo di suicidio), in quanto tale, non è penalmente sanzionato, di qui poi facendo discendere la liceità della pretesa volta ad assecondare la volontà di autosoppressione della persona. Che il suicidio sia (e resti) pur sempre un disvalore è, infatti, provato dalla previsione penale dell'omicidio del consenziente e dell'istigazione o aiuto al suicidio, fattispecie quest'ultima oggetto proprio della questione di legittimità costituzionale che ha dato origine alla pronunzia qui annotata. La circostanza, infatti, che l'ordinamento non infierisca su persone che, versando in uno stato di palese sofferenza fisica e/o morale, abbiano tentato, senza riuscirvi, di darsi la morte testimonia, dunque, non già il “non disvalore” – se così vuol dirsi – del suicidio bensì la *pietas* dovuta dall'intera collettività verso queste persone, nulla di più e nulla di meno di ciò<sup>43</sup>.

*3. La volontà “per sentito dire” o presunta, la micidiale questione di ordine pratico relativa al suo accertamento per i casi in cui il soggetto non sia più in grado di manifestarla, il carattere opportunamente e necessariamente non stringente delle DAT, sì da potersene avere la verifica alla luce di sopravvenute risultanze della scienza e, laddove quest'ultima si presenti al proprio interno divisa, il loro accontamento in nome del principio di precauzione*

Come si è veduto, l'autodeterminazione del soggetto trova nell'impianto costituzionale un terreno fertile sul quale mettere radici e crescere, pur sempre però nel rispetto di limiti invalicabili che rinvengono nella coppia dignità-vita il loro punto costante ed obbligato di riferimento. Si è pure veduto che la libertà del soggetto è piena in ordine all'*an*, per ciò che attiene alla sottoposizione del soggetto stesso a trattamenti sanitari d'ogni specie, dal più banale (come prendere un'aspirina) al più impegnativo (quale un trapianto di organo o l'effettuazione di chemioterapia).

Dal punto di vista ora adottato, la previsione delle disposizioni anticipate di trattamento ad opera della legge 219 non è di per sé contraria a Costituzione, rispondendo al fine di preservare quella libertà di autodeterminazione sull'*an*, di cui si è appena venuti dicendo, proiettandola in un tempo futuro nel quale potrebbe non avere modo di esprimersi. Il punto è, però, che la volontà dev'essere *libera, integra* e – ciò che qui più importa – *attuale*; la qual cosa pone in termini imperiosi la questione circa il modo con cui possa aversene sicuro riscontro, se non altro al fine di evitare intollerabili strumentalizzazioni a danno di persona che versi in condizioni di particolare debolezza e sofferenza<sup>44</sup>. La volontà “per sentito dire” – come si è fatto da molti notare – o, peggio, presunta alla luce di un certo stile di vita condotto dal soggetto è, chiaramente, strutturalmente inidonea a produrre effetti, mentre delicati e alle volte spinosissimi problemi pone la volontà dichiarata da terzi<sup>45</sup>, specie laddove riguardino soggetti minori ed incapaci<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> ... come nei casi in cui si ponga fine all'esistenza di persone care gravemente malate e sofferenti. Espressione di *pietas* e umana solidarietà è da considerare la grazia concessa, ancora di recente, dal Capo dello Stato a persone detenute per aver soppresso familiari colpiti da gravi malattie degenerative.

<sup>43</sup> Raguagli sul punto nel mio *Le dichiarazioni di fine vita tra rigore e pietas costituzionale*, cit. Alcuni studiosi discorrono del tentativo di suicidio come di un fatto “giuridicamente tollerato”, dunque di un disvalore tuttavia esente da sanzione penale (di recente, A. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 14 giugno 2018, § 4, e lett. *ivi*, e S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 237).

<sup>44</sup> Sottolinea opportunamente il punto, di cruciale rilievo, R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, cit., 111, pur nel quadro di una ricostruzione complessivamente distante per premesse e svolgimenti da quella di qui.

<sup>45</sup> Tra gli altri che ne hanno variamente trattato, v. A. CORDIANO, *La disciplina in tema di salute e di fine vita nella L. n. 76/2016 in materia di convivenze di fatto registrate*, in *Fam. e dir.*, 2/2018, 213 ss., e B. LIBERALI, *La problematica individuazione e il ruolo dei soggetti terzi coinvolti nella relazione di cura fra medico e paziente nella nuova disciplina sul consenso informato e sulle DAT*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 25 giugno 2018.

<sup>46</sup> Noti e ampiamente discussi, con il coinvolgimento altresì della pubblica opinione, i casi che hanno avuto per protagonisti in altri Paesi bambini in tenerissima età e i loro genitori, cui è stato sottratto il diritto alla speranza dai giudici, l'intervento dei quali è anche da noi previsto dalla legge 219, segnatamente all'art. 3, c. 5, con specifico riguardo al caso

Opportuna appare pertanto la soluzione fatta propria dalla legge suddetta di non rendere stringenti e suscettibili di meccanica ed acritica applicazione le DAT, iscrivendole nella c.d. “alleanza terapeutica”, vale a dire nella “relazione di cura e di fiducia” che lega il paziente a coloro che lo assistono, moralmente e materialmente.

Così, se, da un canto, “il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali” (art. 1, c. 6), dall’altro canto, il medico può disattendere, “in tutto o in parte”, le DAT “qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all’atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita” (art. 4, c. 5).

La flessibilità di quest’impianto è, invero, apprezzabile, pur iscrivendosi in un quadro complessivo non rispondente a pieno al modello, quale si è sopra, nelle sue linee portanti, descritto.

Il punto cruciale riguarda proprio la ricostruzione dell’attualità del volere in relazione alle sopravvenienze della scienza, specie laddove queste ultime risultino – ciò che, come si sa, non di rado si ha – ancora incerte e controverse.

Si rammenti al riguardo quanto la stessa giurisprudenza ha affermato, con riferimento ad esperienze apparentemente speculari a quelle ora in esame<sup>47</sup>, relative all’inizio della vita, dando il

---

di conflitto tra il rappresentante legale del minore che rifiuti le cure proposte e il medico che invece le consideri “appropriate e necessarie”. Inquieto, in particolare, l’ipotesi inversa che il rappresentante legale chieda la prosecuzione di trattamenti sanitari invece giudicati non più utili dal medico e, più ancora, l’altra ipotesi che il conflitto insorga tra gli stessi genitori ovvero tra questi ultimi e il minore che sia in grado di determinarsi. Ebbene, in siffatte, drammatiche congiunture, a mia opinione (e salvo sempre il divieto di accanimento terapeutico), la stella polare – come si dirà meglio a breve – è data dal principio di precauzione che depone per la vita, non per il suo spegnimento [cfr., in tema, i contributi che sono in [Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 2/2018, e S. STURNIOLO, [The best interest of the child nella legge n. 219/2017](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2018/II](#), 412 ss.; M. RIZZUTI, *Minori, incapaci e DAT: i primi contenziosi*, in [dirittoesalute](#), 4/2018, 30 ottobre 2018; G. BALDINI, *La legge 219/17 tra molte luci e qualche ombra*, cit., § 3.1; da una prospettiva di più ampio respiro, uno studio concernente i doveri dei genitori in relazione alla salute dei figli, senza nondimeno approfondimento delle questioni qui in esame, è quello recentemente portato a termine da B. LIBERALI, *(Prima) il dovere e (poi) il diritto: alla ricerca degli ‘ossimori costituzionali’ nella cura dei figli*, in AA.VV., *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, cit., 22 dicembre 2018].

<sup>47</sup> In realtà, si tratta appunto di una mera apparenza, se si conviene che, in un caso (con riguardo alle vicende d’inizio-vita), siamo in presenza di fatti che portano alla venuta alla luce di una nuova esistenza, nell’altro (quanto alle vicende di fine-vita) invece al suo spegnimento (cfr. a quello ora manifestato il punto di vista di una sensibile dottrina che ha avuto modo di tornare a più riprese ad occuparsi delle questioni ora accennate: v., dunque, part., S. AGOSTA, in molti scritti, tra i quali, nel modo più organico, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012). La qual cosa poi – non è inopportuno qui rammentare – non significa affatto che una nuova vita, quale che sia il modo per acquistarla al patrimonio dell’umanità, sia sempre un bene, secondo quanto è ad es. testimoniato dal ricorso alla maternità surrogata, specie laddove risulti provato che si sia fatto commercio del corpo umano, con palese ed insopportabile lesione della dignità di tutti i protagonisti di siffatte vicende, a partire da quella del bimbo venuto con questo mezzo alla luce. Diciamo meglio, a scanso di ogni possibile equivoco: la vita è *sempre*, come si è venuti dicendo, una ricchezza imperdibile che, come tale, va salvaguardata *in ogni sede e ad ogni costo*, pur laddove si ponga quale il frutto di una violenza o, appunto, di un fatto di lucro; illecito, nondimeno, può essere in talune circostanze il modo con cui essa viene ad esistenza, restando ad ogni buon conto assai problematico come sanzionare siffatti comportamenti senza pregiudicare il preminente interesse del minore e, comunque, come porre un argine alla loro diffusione [in tema, tra gli altri, v. A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2016, 717 ss.; A. LA SPINA, *La tutela dell’identità personale del nato all’estero con maternità surrogata*, in AA.VV., *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, a cura di M. Trimarchi - A. Federico - M. Astone - C. Ciruolo - A. La Spina - F. Rende - E. Fazio - S. Carabetta, Giuffrè, Milano 2017, 359 ss., spec. 371 ss.; pure *ivi*, E. FAZIO, *Status filiationis e tutele dei figli non riconosciuti e non riconoscibili*, 407 ss., spec. 420 ss.; D. ROSANI, “*The Best Interests of the Parents*”. *La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in [Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 1/2017, 109 ss.; i contributi al focus su *Verità della nascita e GPA (gravidanza per altri)*, in *GenIUS*, 2/2017; A. SCHILLACI, *La Corte costituzionale e la conservazione dello status filiationis acquisito all’estero: (molte) luci e (poche) ombre, tra verità biologica e interesse del minore*, in [Diritti Comparati](#), 18 gennaio 2018; G. MATUCCI, *La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all’interesse concreto del minore*, (*Nota a sent. Corte cost.*, 18 dicembre 2017, n. 272), in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 15 febbraio 2018, e, nella stessa *Rivista*, G. BARCELLONA, *La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte*

massimo rilievo allo sviluppo della scienza ed allo stadio delle conoscenze da essa raggiunto: un rilievo decisivo al fine dello svolgimento del sindacato di costituzionalità ma giudicato non risolutivo quanto all'esercizio dei poteri di normazione spettanti al legislatore<sup>48</sup>.

---

cost. 272 del 2017, 9 marzo 2018; E. OLIVITO, *Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. Il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2018, 2 aprile 2018; F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2018, 148 ss.; M. GERVASI, *The European Court of Human Rights and Technological Development: The Issue of the Continuity of the Family Status Established Abroad Through Recourse to Surrogate Motherhood*, in *Dir. um. dir. int.*, 2/2018, 213 ss.; L. GIACOMELLI, *Tutela dei minori e pragmatismo dei giudici: verso il riconoscimento delle «nuove» forme di filiazione e genitorialità*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 3/2018, 10 dicembre 2018; infine, ampia trattazione in M. GENSABELLA FURNARI, *Il corpo della madre. Per una bioetica della maternità*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2018, e C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, Firenze 2019, spec. il cap. II].

Non è, poi, inopportuno rammentare che lo stesso fatto può valutarsi diversamente a seconda del contesto in cui s'iscrive e si afferma. Così, la vendita del proprio corpo da parte della donna, che si prostituisca unicamente per disporre di condizioni agiate di vita o per diletto, è offensiva della dignità della stessa, mentre non lo è per il caso che si abbia dietro minacce o percosse di cui la persona sia vittima; allo stesso modo, l'affitto dell'utero – come si è venuti dicendo – è lesivo della dignità, mentre non lo è se effettuato da persona che versi in condizioni di estremo bisogno, pur restando inqualificabile il comportamento di coloro che ne traggono profitto. Ed occorre tornare ad interrogarsi (con S. ZULLO, *Il diritto di avere “nuovi” diritti nell'età della tecnica*, cit., 205, in nt. 55) su quale autonomia sia “quella che invece di proteggere la sfera dell'integrità corporea da queste forme di vulnerabilità non fa altro che renderla vulnerabile al potere economico”; ed occorre anche chiedersi “che tipo di alternativa valida offrire per far fronte alla povertà...”.

La surrogazione di maternità effettuata a titolo gratuito (ad es., dalla madre o dalla sorella della donna che non sia in grado di portare avanti una gravidanza) non è, poi, a mia opinione, un fatto deprecabile [ragguagli in tema in A. RUGGERI - C. SALAZAR, [“Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio”: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone](#), in questa [Rivista, Studi 2017/I](#), 138 ss., nonché nel mio *La maternità surrogata, ovvero sia quando fatti e norme urtano col dettato costituzionale e richiedono mirati e congrui interventi riparatori da parte di giudici e legislatore*, in *GenIUS*, 2/2017, 60 ss.; cfr. il punto di vista al riguardo manifestato da V. SCALISI, *Maternità surrogata: come far cose con regole*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 211 ss., e, pure ivi, E. LA ROSA, *Surrogazione di maternità e “rischio penale”*, 313 ss.; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018; S. AGOSTA, *In fuga dai divieti: un'occasione di riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 79 ss., e, dello stesso, *La maternità surrogata e la Corte costituzionale (a proposito di obiter dicta da prendere sul serio*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2018; M. GENSABELLA FURNARI, *Il corpo della madre*, cit., spec. 96 ss.; C. MASCIOTTA, *op. et loc. ult. cit.*].

Delicate questioni, delle quali non è qui possibile farsi carico [e per le quali si rimanda, per tutti, all'accurato studio di A. MARCHESI, *La fecondazione post mortem: irriducibile ossimoro o nuova frontiera del biodiritto?*, in [Diritti Comparati](#), 2/2018, 21 settembre 2018, 210 ss.], si pongono in relazione alla fecondazione *post mortem* (ad es., anche qui, specie per ciò che concerne la ricostruzione dell'attualità del volere, impossibile da stabilire con certezza a causa della morte di uno dei componenti la coppia): una pratica che richiede una particolarmente oculata e cauta ponderazione di tutti gli interessi in campo, a partire ovviamente da quelli che fanno capo al nascituro, fatti oggetto di scrupoloso vaglio in concreto, caso per caso. Ciò che, poi, per la sua parte avvalora la tesi (su cui ci si soffermerà a breve) in via generale favorevole, per quanto attiene alle esperienze di biodiritto, alla previa definizione di un quadro legislativo risultante da disposti duttili ed essenziali, che facciano quindi rimando in ordine al loro opportuno e compiuto svolgimento a regole di volta in volta poste in essere dai giudici (chiamati ad accertamenti non di rado disagevoli e comunque sofferti) in modo congruo alle peculiari esigenze di ciascun caso.

Insomma e in via generale, non conta sempre o solo il “fatto” *ut sic*, ma rileva anche l'*animus* e le circostanze a contorno in cui esso perviene a maturazione, al fine di potersene dare l'opportuna qualificazione.

<sup>48</sup> Attorno ai complessi rapporti tra scienza e diritto, nelle varie articolazioni in cui sia l'una che l'altro si esprimono, la dottrina si interroga da tempo (riferimenti, da ultimo, in A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, cit., e, con specifico riguardo al ruolo che è da assegnare all'etica in ordine allo svolgimento dei rapporti stesse, nel mio *La “federalizzazione” dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, cit., 211 ss., nonché in [Media Laws](#), 2/2018, 13 marzo 2018); ancora da approfondire rimane, tuttavia, la questione relativa alla misura del vincolo che la prima è in grado di esprimere a carico del secondo e, in particolare, se lo stesso presenti uguale intensità laddove ne siano destinatari gli organi della produzione normativa ovvero i giudici, ulteriormente poi distinguendo, quanto a questi ultimi, a seconda della loro natura e della efficacia degli atti da essi emessi (ad es., un organo, come la Corte costituzionale, i cui verdetti possiedono, con specifico riguardo alle decisioni di accoglimento,

Emblematico il punto di diritto fissato da una nota e discussa pronunzia, la [n. 84 del 2016](#), in tema di divieto di utilizzo degli embrioni crioconservati a finalità di ricerca<sup>49</sup>: quando la scienza è divisa – dice la Corte – la Costituzione rimane, in buona sostanza, “muta”, non mettendo in grado la Corte stessa di potersi esprimere sul merito della questione sollevata; questo silenzio<sup>50</sup>, tuttavia, non osta a che il legislatore possa fare le proprie scelte al riguardo, in tesi però – in difetto di parametro – insindacabili, se non per il consueto profilo della loro ragionevolezza<sup>51</sup>.

A mia opinione, nondimeno, non può assegnarsi lo stesso peso alle indicazioni date dagli scienziati di opposto schieramento, quasi ad ammettere che esse possano neutralizzarsi a vicenda e allo stesso tempo lasciare campo libero al legislatore e agli operatori in genere, sì da risolversi, nel caso qui in rilievo, nel mantenimento delle DAT espresse da pazienti non più in grado di autodeterminarsi, dando nei fatti sicura conferma del loro attuale volere. Ancora una volta, di contro, è il principio di precauzione a tracciare la via, vigorosamente e risolutivamente spingendo a favore delle tesi espresse dagli scienziati che danno alimento alla speranza; e così come gli stessi pazienti in grado di manifestare un consapevole volere alle volte si aggrappano ad un pur tenue filo, accettando di sottoporsi a cure che lascino solo scarsissime probabilità di riuscita, allo stesso modo anche ai pazienti non più in condizioni di determinarsi devono essere riconosciute uguali *chances*, sino al punto di non considerare più attuali e stringenti le DAT da essi manifestate laddove accreditati scienziati argomentino la tesi del mutamento del quadro rispetto al momento in cui le stesse sono state redatte<sup>52</sup>.

La corale condivisione delle responsabilità di scelte non di rado estremamente impegnative e non poco sofferte, da parte di plurimi soggetti ed operatori (tra i quali, con centralità di posto, i medici), si pone quale adeguata garanzia del riscontro dell’attuale e genuino volere del paziente o, quanto meno, del contenimento dei margini di errore pur sempre insiti in siffatti accertamenti.

*4. Un equivoco ricorrente: la iniziale libertà in merito all’an sottoporsi a certi trattamenti sanitari ritenuta sempre integra e idonea a tradursi nel contrarius actus, con grave pregiudizio per la salute e la stessa vita del paziente, e l’apertura inopinatamente fatta dalla decisione in commento a pratiche di vera e propria eutanasia attiva*

In ogni caso, va evitata una confusione invece ricorrente, frutto di un malaccorto utilizzo della tecnica argomentativa che fa leva sul principio del *contrarius actus*, assumendosi cioè che la libertà iniziale dell’individuo di far luogo ad un certo comportamento ovvero la volontà dallo stesso manifestata che lo stesso sia da terzi posto in essere sulla sua persona comporti, per logica ed ineluttabile necessità, la speculare, successiva libertà di ritorno alla situazione *ex ante*, attraverso la rimozione degli effetti prodotti dal comportamento stesso.

---

efficacia generale è, già solo per ciò, accostabile al legislatore o, per dir meglio, gli è più contiguo di quanto non siano i giudici comuni).

<sup>49</sup> ... ampiamente annotata: riferimenti, da ultimo, in C. MASIOTTA, *Costituzione e CEDU nell’evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, cit., 92 ss., spec. 97 ss.

<sup>50</sup> Ai silenzi della Costituzione è dedicato un accurato saggio di Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2/2014, 267 ss.; sulle lacune della Costituzione, poi, se si vuole, può vedersi il mio *Lacune costituzionali*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 18 aprile 2016.

<sup>51</sup> ... che, in tal modo, si conferma essere – come si è detto in altri luoghi – una sorta di *passe-partout* in grado di aprire tutte le porte, anche le più corazzate, ovvero di *deus ex machina* che cala dal cielo, come nelle antiche tragedie, a dipanare matasse create dagli uomini ed alle quali gli stessi non siano in grado di porre rimedio (degli usi fatti della ragionevolezza, con specifico riguardo alla tutela dei diritti, riferimenti di recente in chiave comparata sono in G. ROMEO, *La comparazione degli argomenti in tema di diritti: le trasformazioni del giudizio di ragionevolezza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2017, 279 ss.).

<sup>52</sup> Per vero, portato fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, il principio di precauzione vorrebbe che *in nessun caso* si desse seguito alle DAT, producendo esse l’effetto irreversibile della morte del soggetto, nella speranza che, prima o poi, possa trovarsi una terapia per pazienti ad oggi considerati incurabili. Solo che questa soluzione chiaramente comporterebbe il totale sacrificio dell’autodeterminazione del soggetto; e, volendosi preservare – come si diceva – il libero volere in ordine all’*an*, occorre comunque dar spazio – piaccia o no – a soluzioni che del volere stesso tengano conto, senza nondimeno che allo stesso sia riconosciuto carattere stringente.

Ancora una volta, si ha qui conferma del fatto che le istanze fatte valere, in nome della salvaguardia della propria autodeterminazione, dal soggetto non possono tirannicamente affermarsi su contrarie esigenze facenti capo ad altri soggetti e all'intera collettività e rispondenti all'etica pubblica repubblicana di cui la Carta costituzione rende esemplare e limpida testimonianza.

Poniamo il caso della persona che liberamente si assoggetta ad un trapianto di cuore o anche, più semplicemente, all'impianto di un *pacemaker* e che quindi si pente del passo fatto ed avanzi la pretesa – chiaramente inaccettabile – della successiva rimozione dell'organo o dello strumento che trova alloggio nel suo corpo<sup>53</sup>.

Ebbene, la reversibilità del trattamento non può, senza alcun dubbio, aversi: nel primo caso, comportando la morte immediata del paziente, nel secondo mettendone gravemente a rischio la salute.

L'esempio è altamente istruttivo ai fini del discorso che si va ora facendo.

Ferma la libertà iniziale del soggetto, i trattamenti sanitari a carattere continuo possono, ovviamente, in ogni tempo essere interrotti, facendo pertanto valere l'autodeterminazione del soggetto, ma solo *fino a un certo punto o a certe condizioni*: giusta, infatti, la premessa della insussistenza di un diritto costituzionale a morire, non è di conseguenza possibile pretendere da terzi (familiari o personale sanitario o altri soggetti ancora) l'adozione di comportamenti, in forma sia commissiva che omissiva, che portino *in modo diretto, immediato e necessario* alla morte del soggetto. Per questa ragione – è appena il caso qui di esplicitare – non è possibile avanzare richiesta di sospensione della ventilazione assistita o dell'idratazione e alimentazione artificiale e, in genere, di ogni sussidio avente carattere vitale<sup>54</sup>. Riguardate le cose da quest'angolo visuale, nessun rilievo può essere dato alle DAT ogni qual volta siano stati posti in essere, in situazione di emergenza, trattamenti sanitari su persona incosciente, quale un intervento chirurgico di urgenza, insuscettibili di regressione una volta che il paziente abbia ripreso conoscenza.

L'ord. 207, invece, spiana la via all'introduzione di una vera e propria forma di eutanasia attiva e non meramente passiva<sup>55</sup>: non si legittima il mero "lasciar morire" bensì si suggerisce al legislatore, sollecitato ad intervenire in materia, di disciplinare le modalità con cui pervenire nel più breve tempo possibile all'*exitus* ("a traverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte"<sup>56</sup>). Per fortuna, si prefigura "la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario

---

<sup>53</sup> La soluzione è generalizzabile in relazione ad ogni atto dispositivo del proprio corpo, non a caso – come si sa – qualificato come illecito, ancora una volta salvo che sia espressivo di un dono fatto a terzi in spirito di genuina e gratuita solidarietà.

<sup>54</sup> La nutrizione ed idratazione artificiale sono dalla legge 219 (art. 1, c. 5) considerate quali trattamenti sanitari; ma, com'è noto, la loro natura è oggetto di animate discussioni (riferimenti in U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, cit., 112 ss., e L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, cit., 63 ss.). Senza ora riprendere qui la vessata questione, va tuttavia osservato esser fuor centro il ricorrente rilievo (ancora da ultimo riproposto nello scritto di U. ADAMO ora cit., 117) secondo cui la messa in atto di siffatti trattamenti contro la volontà del paziente costituirebbe una inammissibile menomazione della sua libertà personale. In disparte il caso che il paziente non possa più manifestare il proprio volere e che lo stesso non sia passibile di sicuro riscontro, anche con riguardo a persone in grado di autodeterminarsi, va infatti ribaltato su se stesso il modo con cui riguardare la cosa. E, invero, non si tratta di stabilire se sia lecito seguire ad alimentare ed idratare a forza un paziente ma se sia lecito *non* farlo più, quanto meno laddove risulti provato che l'organismo è ancora in grado di assimilare le sostanze di cui ha bisogno per tenersi in vita. Una volta, dunque, assodato che l'interruzione dei trattamenti in parola produce quale effetto diretto ed immediato la morte della persona che sia ancora in grado di assimilare le sostanze che le sono somministrate (una morte – non è inopportuno rammentare – atroce, frutto cioè di un'autentica tortura, che non cessa di essere oggettivamente tale per effetto della sedazione profonda praticata alla persona, della quale è dunque macroscopicamente lesa la dignità), è di tutta evidenza che nessuno può pretendere dal personale sanitario che se ne renda responsabile, salvo appunto ad ammettere (cosa che si è veduto essere impossibile) l'esistenza di un vero e proprio diritto al suicidio assistito. *Lesiva della dignità non è dunque – come molti pensano – l'imposizione dei trattamenti suddetti ma la loro interruzione* che porterebbe all'effetto – si è fatto dietro notare, richiamando un efficace pensiero di V. Scalisi – di fare del paziente (e del medico che ne asseconi il volere) un tiranno di se stesso.

<sup>55</sup> ... nei limiti, peraltro, in cui se ne possa predicare la distinzione; v., però, sul punto, l'accorta avvertenza di una sensibile dottrina [A. D'ALOIA, *Eutanasia (dir. cost.)*, in *Dig./Disc. pubbl.*, Agg. V (2012), 300 ss., spec. 340, a cui opinione "oggettivamente le due categorie tendono a confondersi o a sovrapporsi e diventa davvero complicato dire se una determinata vicenda rientra nell'una o nell'altra"].

<sup>56</sup> P. 10 del *cons. in dir.* Indugia con forte, giusta preoccupazione sul punto, ora, G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, cit., § 4. Opportuni rilievi

coinvolto nella procedura”<sup>57</sup>, senza la cui previsione si perverrebbe – ciò che, a mia opinione, neppure con legge costituzionale sarebbe consentito – all’esito abnorme, “anticostituzionale”<sup>58</sup>, di imporre al personale stesso di provocare la morte di una persona<sup>59</sup>. Allo stesso tempo, si sollecita l’adozione di alcune cautele, volte all’obiettivo di fugare il rischio che il paziente prematuramente rinunci a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, cure che sono viste quale “pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo”<sup>60</sup>.

Forse, è oggettivamente forzato affermare che la decisione in commento consegnò al legislatore, del quale si sollecita il pronto ed adeguato intervento, delle vere e proprie direttive in ordine alla

---

sono anche in A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all’autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., § 5, avverso l’ipotesi di dar spazio all’autodeterminazione fino al punto di trasformarla “in una sorta di *diritto potestativo fonte, non solo di speciali facoltà, ma addirittura di veri e propri obblighi realizzativi a carico del medico*, chiamato per di più a porre in essere condotte ... finalizzate ad anticipare artificialmente la morte”.

<sup>57</sup> Per quest’aspetto, la decisione colma una lacuna della legge 219 che purtroppo si presta ad essere interpretata [tra gli altri, B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Diritti Comparati*, 3/2017, 270 ss.; D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l’obiezione di coscienza del medico?*, in *Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1/2018, 31 ss.; P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 22 maggio 2018, § 2.1; M. DI MASI, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita*, cit., 127 ss.; A. LO CALZO, *Il consenso informato “alla luce della nuova normativa” tra diritto e dovere alla salute*, in AA.VV., *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, cit., 24 ottobre 2018, spec. al § 7; F. GALLO, *Questioni di fine vita e obiezione di coscienza*, in *dirittoesalute*, 4/2018, 30 ottobre 2018; G. BALDINI, *La legge 219/17 tra molte luci e qualche ombra*, cit., § 3.8] nel senso di escludere il diritto di obiezione di coscienza del medico, prefigurandosi dunque l’eventuale annullamento (ma, forse, solo su questo punto) della legge stessa per mancanza di norma costituzionalmente imposta. Ed è bensì vero che si sono prodotti sforzi ammirevoli al fine di rintracciare tra le righe dell’articolato un qualche appiglio che consenta al medico di astenersi dal compiere atti che potrebbero dar vita ad effetti irreparabili (così, ora, C. LUZZI, *La questione dell’obiezione di coscienza alla luce della legge 219/2017 tra fisiologiche esigenze di effettività e nuove prospettive di tutela*, in *paper*, § 2.1, a cui opinione ciò si giustificherebbe ogni qualvolta il medico consideri la propria attività “direttamente, certamente, necessariamente e specificamente diretta a cagionare un evento incompatibile con i propri convincimenti più intimi”; la stessa L., nondimeno, si dichiara – § 5 – dell’idea che a base della mancata previsione in parola possa rinvenirsi il bisogno di salvaguardare l’autodeterminazione della persona che però – come si è tentato di mostrare – va incontro a limiti invalicabili di sistema). Non è, ad ogni buon conto, chi non veda quali rischi faccia correre la mancata previsione esplicita del diritto di obiezione, per fortuna ora prefigurato nella decisione in commento. Come si vede, è dunque possibile portarsi anche oltre quanto ritenuto da una sensibile dottrina (L. D’AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della recente legge approvata in Senato*, in *Dir. fam. pers.*, 1/2018, 189 s.), a cui opinione il diritto di obiezione di coscienza dovrebbe considerarsi riconosciuto, in forza del Concordato con la Chiesa, unicamente all’interno delle istituzioni sanitarie aventi natura religiosa.

<sup>58</sup> Non si dimentichi, d’altronde, che le leggi possono talora (e, se si vuole, in casi eccezionali) dotarsi di norme macroscopicamente, frontalmente contrarie a Costituzione, “anticostituzionali” appunto (secondo l’azzeccata qualifica datane da una sensibile dottrina: A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.), ovverosia affette da “invalidità di tipo forte” (come pure sono state felicemente qualificate: R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.); e tali possono essere, dunque, anche le lacune dalle stesse esibite, laddove intese come prescrittive dell’obbligo di adottare comportamenti non espressamente vietati. Di qui, la possibilità, che dev’essere riconosciuta ai destinatari delle leggi stesse, di farne immediata disapplicazione, in obbedienza al vecchio adagio secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum*. È pur vero che la giurisprudenza costituzionale, pur avendo in più occasioni ammesso che possa darsi la eventualità di norme siffatte (ad es., in *Corte cost. sent. n. 238 del 2014*), ha sempre rivendicato per sé il sindacato di ultima istanza sulle stesse. La qual cosa, tuttavia, proprio laddove sia in gioco la vita delle persone è palesemente inaccettabile o, diciamo pure, francamente ripugnante: come si è, infatti, in altri luoghi osservato (nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*<sup>5</sup>, Giappichelli, Padova 2009, 28, cui fa ora richiamo anche A. MORELLI, *La “ribellione” dei sindaci contro il “decreto sicurezza”: la tortuosa via per la Corte costituzionale*, in questa *Rivista, Studi 2019/I*, 1 ss., spec. 4), non possiamo di certo attendere che vi siano i primi caduti, per effetto di una previsione di legge che reintroduca nell’ordinamento la pena di morte, prima di attendere il giudizio della Corte!

<sup>59</sup> D’altronde, per la medesima ragione per cui è consentita l’obiezione di coscienza alla messa in atto di pratiche abortive dev’essere riconosciuto il diritto dei medici ad astenersi dal porre in essere comportamenti che portino all’effetto dello spegnimento di una vita umana.

<sup>60</sup> Ancora p. 10 del *cons. in dir.*

futura disciplina normativa<sup>61</sup>; e, tuttavia, col fatto stesso di prefigurare taluni punti meritevoli di essere toccati dalla stessa si lascia chiaramente intendere tra le righe cosa da essa ci si aspetta al fine di poterla considerare pienamente rispettosa (dal punto di vista della Corte, naturalmente...) della Costituzione, sì da consentirle di uscire indenne da un eventuale (e, a mia opinione, altamente probabile) giudizio di costituzionalità (sempre che, ovviamente, la disciplina stessa veda la luce; ciò che per vero non sembra – come si diceva – rientrare tra le priorità dell’agenda politica); e si lascia altresì intendere come la Corte chiuderà la partita per il caso che il legislatore dovesse discostarsi dalle indicazioni fornitegli ovvero seguitare a restare inerte.

*5. L’originale tecnica decisoria inventata dalla Consulta, debordante dal quadro degli strumenti predisposti per l’esercizio della giurisdizione costituzionale e, allo stesso tempo, foriera di gravi inconvenienti, la questione relativa a possibili soluzioni alternative adeguate allo scopo, l’eventuale “resistenza” dei giudici comuni opposta al verdetto con cui sarà chiusa la partita oggi rimasta in sospeso*

Si spiega in questa luce la ragione della “invenzione” della originale tecnica decisoria cui ha dato vita la pronunzia qui annotata. La Corte ammette di far luogo ad un *revirement*, al piano delle tecniche processuali, rispetto al passato: ciò che prima, in “situazioni analoghe”, portava all’adozione di decisioni d’inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore, comportando tuttavia il negativo effetto del mantenimento in vigore della disciplina incostituzionale, viene ora diversamente trattato – dice la Corte, “facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale”<sup>62</sup> (ma, a mia opinione, superandoli abbondantemente), a mezzo di una decisione “ibrida” (un “ircocervo” la si è in altra sede definita<sup>63</sup>) di rinvio della causa ad un anno esatto dalla data della pronunzia in commento, una decisione che si riveste delle forme proprie delle ordinanze ma che è provvista del contenuto tipico delle pronunzie ablativo<sup>64</sup>, sì da dar modo al legislatore di porre rimedio alla incostituzionalità palesata dalla disciplina in vigore.

Si dà, nondimeno, una differenza di sostanza (e, perciò, anche di effetti) rispetto alle decisioni di accoglimento, in particolare secondo il modello invalso in altri ordinamenti che conoscono l’esperienza della *vacatio sententiae*<sup>65</sup>; ed è che, in base a quest’ultima, alla scadenza del termine stabilito, l’effetto ablativo si produce automaticamente e senza possibilità di ripensamento da parte del giudice cui esso si deve, mentre nel caso nostro la disciplina legislativa rimane formalmente in vigore (altra cosa, come subito si dirà, è se possa essere ugualmente portata ad applicazione) e, poiché la definizione della questione è semplicemente rimandata temporalmente in avanti, potrebbe ben darsi

---

<sup>61</sup> Di “linee guida”, tracciate dalla Consulta, lungo le quali il legislatore è sollecitato a muoversi discorre M. PICCHI, “Leale e dialettica collaborazione” fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, cit., 10; v., inoltre, G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un’ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, cit., §§ 4 e 5.

<sup>62</sup> P. 11 del *cons. in dir.*

<sup>63</sup> V., dunque, il mio [Venuto alla luce alla Consulta l’ircocervo costituzionale \(a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato\)](#), cit.

<sup>64</sup> Delle sentenze, d’altronde, riproduce la struttura, con la loro consueta partizione in fatto e diritto.

<sup>65</sup> Per un confronto col modello tedesco, v., part., N. FIANO, “Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli”. *Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 ottobre 2018; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 1 dicembre 2018, 12; G. SORRENTI, *Etwas Neues unter die Sonne: un’ordinanza sospensiva dell’annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore (in margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2018, 1103 ss., e, da ultimo, E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit.

il caso che la Corte muti orientamento<sup>66</sup>. Né a scongiurare questa eventualità<sup>67</sup> può soccorrere la circostanza per cui non si prevedono mutamenti nella composizione del collegio<sup>68</sup>, i cui membri hanno oggi assunto l'impegno solenne di dare il lineare e naturale seguito alla pronuncia di rinvio: nessuno, infatti, dubita che gli attuali giudici siano uomini d'onore; il punto è però che – come si è già altrove avvertito – la composizione della Corte può, sia pure per accidentali e al presente imprevedute ragioni, mutare, con ciò che ovviamente ne consegue<sup>69</sup>. D'altro canto, molte volte si è assistito a ripensamenti della Consulta su questioni oggettivamente identiche; cosa mai potrebbe impedire che anche stavolta si abbia?

La teoria della impersonalità dell'organo, sempre identico a sé pur nell'avvicinarsi alla carica dei suoi componenti, dà credito all'ipotesi ora affacciata. È altresì da mettere in conto un ulteriore rinvio, che pure non dovrebbe aversi, per il caso che, considerandosi imminente il varo della disciplina legislativa auspicata dalla Corte, quest'ultima reputi opportuno non irrigidirsi fino al punto di considerare categorica la scadenza del settembre di quest'anno fissata nella ord. 207<sup>70</sup>.

Quanto poi alla questione della sospensione della efficacia della disciplina *sub iudice*, nessun dubbio che questa si abbia per il giudizio *a quo*, comunque non definito dalla pronuncia in commento, ma non è affatto sicuro che valga anche per i giudizi restanti, specie per quelli in cui non si sia avuta la prospettazione di analogo dubbio di legittimità costituzionale<sup>71</sup>. La stessa ordinanza in commento, ovviamente, non avrebbe potuto imporre ai giudici di rivolgersi alla Consulta; e, dunque, con linguaggio studiatamente cauto, si precisa che toccherà ad essi “valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte qua”<sup>72</sup>.

Sappiamo che non di rado vengono sollevate questioni seriali, alle volte per caso ed altre invece incoraggiate da precedenti iniziative in tal senso; qui, rilevanza e non manifesta infondatezza sono *per tabulas* riconosciute dalla decisione in esame che, anzi, si spinge fino al punto di dichiarare la “manifesta fondatezza” della questione, nei termini oggettivi di cui si compone<sup>73</sup>.

---

<sup>66</sup> Quest'esito è prefigurato nel mio scritto da ultimo cit.

<sup>67</sup> ... giudicata praticamente irrealizzabile da una dottrina schieratasi *toto corde* a favore della novità giurisprudenziale [M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), 19 novembre 2018].

<sup>68</sup> Sottolineano il punto U. ADAMO, *La Corte è 'attendista' ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 23 novembre 2018, § 2; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, cit., § 8.3; M. PICCHI, “*Leale e dialettica collaborazione*” fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, cit., 14.

<sup>69</sup> La stessa dottrina più avvertita – G. SORRENTI, *Etwas Neues unter die Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore*, cit., 1110 – si fa premura di precisare che, alla scadenza del termine, dovrebbe “presumibilmente” aversi l'attesa dichiarazione d'incostituzionalità.

<sup>70</sup> L'ulteriore rinvio, però, fa aumentare il rischio di un eventuale ripensamento da parte della Consulta per effetto di mutamenti nella composizione del collegio dovuti alla scadenza naturale del mandato di alcuni suoi membri.

<sup>71</sup> Si faccia caso alla circostanza per cui la 207 si presti ad essere letta tanto nel senso di incoraggiare la proposizione di questioni analoghe a quella di oggi quanto in quello volto alla mera sospensione dei giudizi in corso: l'una soluzione parrebbe essere preferita dalla Corte (anche ad avviso di M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, cit., 7, “la Corte si attende cooperazione da parte dei giudici comuni nel paralizzare gli effetti della normativa, in attesa di sviluppi”); l'altra soluzione porterebbe, invece, ad un esito da molti – come si sa – considerato in via di principio deprecabile ritenendosi che alla sospensione debba accompagnarsi la prospettazione del dubbio alla Consulta (indicazioni, da ultimo, in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>6</sup>, Giappichelli, Torino 2019, 233 s., in nt. 17).

<sup>72</sup> P. 11 *cons. in dir.*

<sup>73</sup> A giudizio di una avveduta studiosa (G. SORRENTI, *Etwas Neues unter die Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore*, cit., 1111), “nessun giudice sarà perciò autorizzato a dissentire dalla Corte, fino al punto di ritenere addirittura manifestamente infondato il dubbio che la normativa non collimi con il quadro dei principi costituzionali e con il loro ragionevole bilanciamento”. Convengo realisticamente sulla conclusione ma come impedire quest'esito? Possiamo ritenere essere sufficiente l'ordinanza in commento a configurare la esistenza di un errore di diritto di cui si renda responsabile il giudice che si orienti diversamente dalla Corte, sì da



Se, dunque, la tecnica decisoria solleva non poche riserve e perplessità tanto per l'aspetto della sua legittima adozione, stanti le strettoie della disciplina positiva relativa agli strumenti di cui la Corte dispone ed ai loro effetti, quanto in merito alla sua opportunità, per il rischio incombente di un'autodelegittimazione da parte della stessa Corte, ci si deve, a questo punto, chiedere se non sarebbe stato preferibile<sup>74</sup> far ricorso ad altra e già sperimentata tecnica decisoria, quale quella di una pronuncia interpretativa di accoglimento<sup>75</sup> o di un'additiva di principio<sup>76</sup>, che oltre tutto presenta il vantaggio della strutturale duttilità ed adeguatezza a casi della vita che possono anche in significativa misura reciprocamente differenziarsi, grazie alla "delega" fatta al legislatore in ordine alla produzione delle regole idonee a dare svolgimento al principio somministrato dalla Consulta e, nel frattempo, ai giudici, abilitati ad estrarre dal principio stesso le regole di volta in volta considerate le più congrue in relazione alle complessive esigenze dei casi stessi. Non di rado, anzi, proprio con riguardo a diritti scientificamente sensibili (e tali sono, appunto, quelli emergenti dal terreno su cui si radicano le esperienze d'inizio e fine-vita), è ormai provato che discipline positive connotate da troppi ed eccessivamente rigidi disposti (specie se infarciti di divieti, quali quelli originariamente posti dalla legge 40 del 2004) vanno fatalmente incontro all'esito del loro forzato adattamento da parte dei giudici, siano essi comuni (a mezzo di temerarie ed acrobatiche "interpretazioni") e sia pure costituzionali (fatta a pezzi, come si sa, la legge 40 da una coraggiosa giurisprudenza costituzionale<sup>77</sup>).

Insomma, una disciplina legislativa *per principia* si dimostra essere, in molti casi, proprio quella maggiormente opportuna<sup>78</sup>. Non escludo, ovviamente, che l'eventuale principio aggiunto dalla

---

giustificare l'impugnazione *per questo solo motivo* del verdetto dissenziente davanti alla Corte di Cassazione? E quale errore di diritto potrebbe mai imputarsi ad un giudice che abbia fatto scrupolosa applicazione degli artt. 136 cost. e 30, l. n. 87 del 1953, dai quali discende che *solo* in presenza di una sentenza di accoglimento (nella sua ristretta e propria accezione) sia fatto obbligo al giudice di non applicare norme di legge dichiarate costituzionalmente illegittime? (Dell'applicazione dell'art. 580 c.p. da parte di giudici diversi da quello remittente tratta, ora, anche G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, cit., § 2).

<sup>74</sup> ... ovviamente a stare all'ordine d'idee del giudice delle leggi, nei riguardi del quale nondimeno – come si è venuti dicendo – rinnovo qui, in chiusura di questa riflessione, il mio radicale dissenso.

<sup>75</sup> Ancora G. SORRENTI, *ult. cit.*, 1113 s. Della stessa. V., già, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2018, 222, cui si richiama anche G. BATTAGLIA, *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: una tappa (necessaria?) del caso Cappato*, in *Quad. cost.*, 2/2018, 496.

<sup>76</sup> ... prospettata da C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"?*, cit., § 5, oltre che nel mio [Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale \(a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato\)](#), cit., 572 s.

<sup>77</sup> Efficacissimo il titolo dato da A. D'ALOIA ad un sua stringata ma densa riflessione su talune vicende d'inizio-vita: *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 997 ss.

<sup>78</sup> Su ciò converge una nutrita e crescente schiera di studiosi: *ex plurimis*, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524, del quale v., ora, le precisazioni che sono in *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in [Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 2/2018, 77 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione, I, Le scelte esistenziali di inizio-vita*, cit., spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in [Rivista AIC](#), 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5 e, dello stesso, *amplius*, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in [Confronti costituzionali](#), 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni crioconservati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in [Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 3/2015, 168; nella stessa Rivista, A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, 1/2016, 105 ss.; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in [Biolaw Journal - Rivista di BioDiritto](#), 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, [La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2018/I](#), spec. 235 ss. e, dello stesso, ora, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in [Giustizia Insieme](#), 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, cit.; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., spec. 170 s., e, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit., 257 ss., nonché in [Federalismi.it](#), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4. Da ultimo, G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in [Rivista](#)

Consulta possa essere ulteriormente prolungato ad opera di ulteriori principi per mano del legislatore; sconsiglierei, invece, che quest'ultimo si spinga oltre questa soglia facendo luogo altresì alla produzione di regole, specie se eccessivamente minute e dettagliate. Quello che, dunque, una sensibile dottrina<sup>79</sup> giudica essere un *handicap*, potrebbe – perlomeno in molte circostanze – rivelarsi proprio un vantaggio, un pregio della normazione.

Il punto è però che assai gracili – come si è tentato di mostrare – sono le basi sulle quali la Corte fa poggiare il suo articolato ragionamento; ed allora muovendo da siffatte premesse anche il principio eventualmente posto dalla pronunzia di fine-partita rischia di alimentare decisioni dei giudici comuni volte a darvi lineare svolgimento esse pure fatalmente difettose, per non dire scopertamente devianti dal solco costituzionale, a meno che non dovesse assistersi – come pure talvolta si è avuto<sup>80</sup> – a manifestazioni di vera e propria (e più o meno abilmente mascherata e argomentata) “resistenza”

---

*AIC*, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, cit., 90 ss., e A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., § 7.

<sup>79</sup> G. SORRENTI, *Etwas Neues unter die Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore*, cit., spec. § 2.

<sup>80</sup> Solo alcuni esempi, al riguardo, pescati a caso tra le vicende che hanno maggiormente fatto discutere.

Ebbene, si pensi al seguito infedele dato dall'autorità remittente alla [sent. n. 10 del 2015](#), con la quale pure peraltro – come si sa – si è fatto luogo ad una vistosa deviazione dalle regole che stanno a base dello svolgimento dei processi davanti alla Corte: segno evidente di quella spiccata tendenza alla iperpoliticizzazione del sindacato, di cui anche la decisione qui annotata rende eloquente testimonianza. La Consulta aveva, infatti, disposto l'obbligo di far ugualmente applicazione nel giudizio *a quo* di norma di legge giudicata costituzionalmente illegittima, un obbligo che però è stato disatteso dal giudice.

Ancora, si rammenti l'originale “rilettura” data dalla Cassazione alla [sent. n. 170 del 2014](#), in relazione al matrimonio del transessuale, che avrebbe comunque dovuto considerarsi immediatamente sciolto – è detto con esemplare chiarezza nella parte motiva della decisione – per effetto dell'acquisizione del medesimo sesso da parte dei componenti la coppia coniugata e che invece è stato stranamente ed artificiosamente tenuto in vita, seppure per il tempo necessario a dar modo al legislatore di disciplinare la peculiare condizione della coppia stessa, bisognosa di essere comunque tutelata a motivo del “pregresso vissuto” che aveva connotato il loro rapporto coniugale.

Da ultimo, uno speciale rilievo è da assegnare alla netta presa di distanze da parte della Cassazione nei riguardi di [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#) con cui, innovando alla propria pregressa giurisprudenza, la Consulta ha stabilito che le violazioni di norme della Carta di Nizza-Strasburgo sostanzialmente coincidenti con norme della Costituzione richiedono di essere *tutte* portate alla cognizione della Consulta stessa, pur laddove dunque riguardino norme dell'una Carta suscettibili d'immediata applicazione. La stessa pronunzia, poi, secondo una lettura diffusamente accreditata (ma nella quale, per ragioni altrove rappresentate, non mi riconosco), avrebbe capovolto su se stesso (rispetto al modo con cui lo stesso giudice costituzionale dapprima lo vedeva) l'ordine temporale di svolgimento della pregiudizialità “comunitaria” (*rectius*, eurounitaria) rispetto alla pregiudizialità costituzionale, dando dunque la precedenza a quest'ultima e, peraltro, circoscrivendo i casi di possibile interpello della Corte dell'Unione a profili diversi da quelli fatti valere con la proposizione della questione di legittimità costituzionale. Ebbene, una chiara contestazione in relazione a quest'ultimo punto, sia pure rappresentata sotto la forma della richiesta di un “chiarimento” al giudice costituzionale, è nella ord. n. 3831 del 2018 della Cass., II sez. civ.; quanto, poi, alla questione di fondo concernente l'obbligo di investire la Consulta dei casi di doppia violazione suddetta, un netto dissenso è manifestato soprattutto dalla Cass., sez. lav., nn. 12108 e 13678 del 2018 e, da ultimo, da una decisione del 10 gennaio 2019, *Canestri c. ICCREA Banca*, ric. 2553-2014, 47-48. Non si trascuri, infine, la circostanza per cui, dall'anno trascorso dalla venuta alla luce della [sent. 269](#), non abbiamo avuto casi di denuncia da parte dei giudici comuni di violazioni congiunte della Costituzione e della Carta dell'Unione; se ne sono avuti pochi (meno di dieci, salvo errori da me commessi) di sospette violazioni di norme diverse delle due Carte. La qual cosa, per vero, può dar credito alla impressione che i giudici – almeno in alcuni casi – abbiano fatto (e facciano) “resistenza” al punto di diritto fissato dalla Consulta.

Nessuno, ad ogni buon conto, è in grado di stabilire o, diciamo pure, di “pesare” un sommerso che, al pari della montagna nascosta di un *iceberg*, potrebbe essere anche molto consistente, a motivo della scarsa percezione che si ha dei seguiti dati, nelle aule in cui si amministra la giustizia comune, alle decisioni della Consulta (e, *mutatis mutandis*, potrebbe dirsi anche con riferimento ad altre Corti esse pure *materialmente* costituzionali, in quanto garanti dei diritti fondamentali, quali la Corte EDU e la Corte dell'Unione): non soltanto – si badi – per ciò che attiene a pronunzie manipolative (e, segnatamente, per quelle additive) ma anche quanto alle pronunzie “semplici”, di mero accoglimento e, forse, pure di rigetto. In passato, si era tentato di fare il punto sullo stato dell'arte, cosa che peraltro oggi, grazie al sussidio offerto dagli strumenti informatici, potrebbe risultare di non disagevole realizzazione; sta di fatto, però, che non disponiamo, ancora al presente, di strumenti sicuri dei quali avvalerci al fine di fare finalmente chiarezza e dare così appagamento ad un bisogno di conoscenza viepiù impellente, un appagamento che poi potrebbe tornare particolarmente utile proprio agli stessi operatori di giustizia nel quotidiano esercizio del loro ufficio.

posta in essere dai giudici stessi che non si riconoscano nel verdetto della Corte: in quello di oggi ed in quello di domani<sup>81</sup>.

In alternativa, potrebbe immaginarsi una seppur parziale correzione di rotta da parte della stessa Consulta nella decisione che sarà presa a settembre prossimo; la qual cosa se, per un verso, potrebbe farsi apprezzare, proprio in relazione ai profili di merito della vicenda, per un altro verso, però, fatalmente seminerebbe incertezze ed un calo sensibile di credibilità della Corte.

Insomma (e per chiudere), dopo la decisione odierna non c'è proprio da stare allegri circa i prossimi sviluppi della vicenda e i riflessi che potrebbe avere nei riguardi della futura giurisprudenza; d'altronde, quando ci si infila in un tunnel, non è affatto detto che si riesca alla fine a vedere la luce.

---

<sup>81</sup> Ciò che, poi, potrebbe astrattamente sollecitare la reazione della Corte, indotta a sollevare davanti a se stessa un conflitto da menomazione avverso le “ribellioni” dei giudici; l'esperienza, nondimeno, c'insegna che ciò non si è avuto e, dunque, verosimilmente non si avrà neppure nel caso nostro.

**Antonio Ruggeri****La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di [Corte cost. sent. n. 20 del 2019](#))**

SOMMARIO: 1. Fluidità delle relazioni tra le Corti, anche dopo l'odierna pronunzia, e conferma degli scostamenti registratisi con crescente frequenza dai canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità. – 2. Il superamento dello scoglio della inammissibilità, a mezzo di uno spostamento di piano dell'argomentazione, e la estensione del sindacato accentrato ai casi di violazione di norme sovranazionali "connesse" a norme della Carta di Nizza-Strasburgo e, perciò, esse pure dotate di rilevante carica assiologica. – 3. Due connotati salienti sul fronte processuale: la destrutturazione dei criteri formali posti a base della individuazione dei parametri dei giudizi di costituzionalità (ed è da chiedersi se un domani potrà aversene riscontro anche in relazione agli atti posti ad oggetto degli stessi) e la precedenza assicurata alla verifica della osservanza delle norme costituzionali rispetto a quella della osservanza delle norme dell'Unione. – 4. Il "chiarimento" implicitamente reso dalla Consulta in ordine all'esercizio del rinvio pregiudiziale, riconosciuto finalmente idoneo a spiegarsi a tutto campo, i cortocircuiti che possono comunque aversi in conseguenza dell'attrazione al sindacato accentrato delle antinomie tra norme interne e norme eurounitarie *self executing*, il modo con cui vi si potrebbe in prospettiva *de iure condendo* porre rimedio.

*1. Fluidità delle relazioni tra le Corti, anche dopo l'odierna pronunzia, e conferma degli scostamenti registratisi con crescente frequenza dai canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità*

Due i tratti che balzano subito in evidenza, per i profili qui di specifico interesse<sup>1</sup>, ad una prima lettura della decisione della Consulta cui s'indirizza questa succinta annotazione: la dilatazione in modo pressoché indefinito ed incontenibile dell'area in cui può affermarsi il meccanismo del sindacato accentrato di costituzionalità in vece di quello dell'applicazione diretta del diritto eurounitario al posto di quello interno con esso incompatibile e la riespansione a tutto campo del rinvio pregiudiziale dopo la sua ventilata, inopinata contrazione ad opera di [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#). L'una è un'ombra che rischia di oscurare il principio del primato del diritto sovranazionale, frenando in misura ad oggi incalcolabile ma con evidente gravità di effetti l'avanzata dell'integrazione europea che proprio nell'applicazione diretta ha – com'è noto – uno dei suoi connotati più salienti ed immediatamente espressivi, lo strumento elettivo per potersi portare avanti ed affermare; l'altra è una luce che, dopo essere stata affievolita, torna ora ad illuminare in modo pieno le relazioni tra gli operatori nazionali di giustizia e la Corte dell'Unione. Una pronunzia, dunque, quella ora annotata, in chiaroscuro; e si tratta di vedere quale piega prenderanno i futuri svolgimenti dei rapporti tra il giudice costituzionale da un canto, la Corte dell'Unione e i giudici comuni dall'altro, che la pronunzia stessa – lo voglia o no – oggettivamente spinge dalla stessa parte, naturalmente portati ad allearsi in modo sempre più stretto ed a difendersi dallo sforzo poderoso prodotto dalla Consulta nell'intento di recuperare spazi crescenti a beneficio della centralità del proprio ruolo ed a discapito di quello dell'una e degli altri.

Nulla, ovviamente, può dirsi all'indomani di questa nuova e risoluta presa di posizione assunta dal giudice delle leggi circa le eventuali (ma prevedibili) reazioni degli altri operatori di giustizia; la qual cosa, poi, conferma che il quadro complessivo delle relazioni in parola resta alquanto fluido ed indefinito, aperto ad ogni possibile svolgimento, avendosi da una parte e dall'altra continui aggiustamenti del tiro in ragione tanto della peculiarità dei casi quanto dei modi continuamente cangianti con i quali essi sono trattati dagli operatori. Quel che, nondimeno, può subito dirsi è che, al fine di raggiungere l'obiettivo avuto di mira, il giudice costituzionale seguita a far luogo a visibili e significativi scostamenti dai canoni che stanno a base dello svolgimento dei giudizi di

---

<sup>1</sup> Particolarmente degni di nota anche i profili di merito, ai quali ora non farò cenno alcuno, riguardanti il bilanciamento tra l'interesse alla trasparenza e quello alla protezione dei dati personali.

costituzionalità, con ciò stesso facendo emergere in modo parimenti vistoso la propria “anima” politica al punto di sopraffare quella giurisdizionale<sup>2</sup>.

Non è il caso qui di rammentare quante volte ciò sia stato fatto<sup>3</sup> e – come si vede – si faccia. A pagarne le spese è soprattutto la rilevanza delle questioni di costituzionalità<sup>4</sup>; e, poiché la Corte ha a cuore di entrare comunque nel merito delle stesse, si trova non di rado obbligata ad inventare nuove tecniche decisorie<sup>5</sup> ovvero a portare a crescenti e sempre più vistosi ed incisivi utilizzi le vecchie, facendo sì che questioni meritevoli di essere qualificate, in applicazione di antichi e collaudati schemi teorici, come inammissibili (o, addirittura, manifestamente inammissibili), siano invece definite nel merito e, non poche volte, accolte.

*2. Il superamento dello scoglio della inammissibilità, a mezzo di uno spostamento di piano dell'argomentazione, e la estensione del sindacato accentrato ai casi di violazione di norme sovranazionali “connesse” a norme della Carta di Nizza-Strasburgo e, perciò, esse pure dotate di rilevante carica assiologica*

Qui, lo scoglio preliminare e di considerevole consistenza, costituito dalla riconosciuta<sup>6</sup> attitudine della disciplina sovranazionale ad essere portata ad immediata applicazione è superato (o, per dir meglio, aggirato...) con un certo affanno ed a mezzo di uno spostamento di piano dell'argomentazione. La Corte è, invero, abile nel porre in essere questa manovra che, nondimeno, rimane pur sempre scoperta e va, dunque, segnalata. Fa leva, infatti, sulla necessità, rilevata dal giudice sovranazionale, di far luogo ad un accorto bilanciamento tra l'interesse alla trasparenza col diritto alla protezione dei dati personali dalla stessa Corte dell'Unione demandato ai giudici nazionali. Altro è però il bisogno di far luogo ad un'adeguata mediazione tra tali interessi comunque meritevoli di tutela ed altra cosa il carattere autoapplicativo, o no, della disciplina sovranazionale evocata in campo; ed è chiaro che, dovendo il giudice nazionale tenere conto di quanto la disciplina stessa dispone, non potrebbe che prendere atto della sua acclarata natura *self executing*. La circostanza, poi, per cui, nella vicenda in esame, l'autorità remittente non abbia ritenuto necessario rivolgersi alla Corte di giustizia in via pregiudiziale e si sia determinata ad adire la Corte costituzionale (un punto, questo, accortamente messo in evidenza nella decisione in commento<sup>7</sup>) nulla toglie al potere-dovere della Corte stessa di verificare in via preliminare l'ammissibilità della questione. Il vero è, però, che qui l'ammissibilità stessa rinviene giustificazione – ci dice la Corte – nel “rango costituzionale” della questione<sup>8</sup>, nel suo appuntarsi cioè su norme-parametro sovranazionali cui fanno capo diritti costituzionali, la qual cosa è appunto vista quale una

---

<sup>2</sup> Tra i molti che hanno rilevato, con varietà di accenti ed argomenti ma comune preoccupazione, questa tendenza, v. C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; Aa.Vv., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017.

<sup>3</sup> ... specie, come si sa, con le note pronunzie in materia elettorale, sulla *robin tax*, ecc.

<sup>4</sup> Tra i molti che ne hanno variamente discusso, anche in studi di respiro monografico, v., almeno, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 67 ss.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018.

<sup>5</sup> ... come ha, ancora di recente, fatto con la discussa (e discutibile) pronunzia sul caso Cappato, la [ord. n. 207 del 2018](#).

<sup>6</sup> ... da [Corte giust. del 20 maggio 2003, in cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, Österreichischer Rundfunk e altri](#), espressamente richiamata.

<sup>7</sup> È evidente che la Consulta ha avuto spianata la via per far dilatare l'area del proprio sindacato dal modo con cui il TAR del Lazio ha impostato la questione, dotandola tuttavia, a mia opinione, di basi argomentative alquanto gracili. Il giudice delle leggi, insomma, tenta in qualche modo di scaricare sul giudice *a quo* la responsabilità della scelta fatta di entrare nel merito della questione; un argomento, questo, ovviamente non risolutivo, come si passa subito a dire nel testo.

<sup>8</sup> Punto 2.3 del *cons. in dir.*

condizione necessaria e sufficiente per lo svolgimento del sindacato di costituzionalità.

Qui, è infatti, il cuore della questione ora discussa: nella estensione (che, però, laddove non vigilata ed arginata a modo dai prossimi sviluppi della giurisprudenza costituzionale, rischia di aversi a macchia d'olio) del sindacato ben oltre il caso, prefigurato dalla [269 del 2017](#), in cui sia denunciata la violazione di norma della Carta dell'Unione sostanzialmente coincidente con norma della Costituzione. D'ora in poi, infatti, non soltanto è spianata la via alla prospettazione di dubbi di costituzionalità aventi comunque per parametro una norma della Carta suddetta, coincida o no nella sostanza con norma della Costituzione e sia o no *self executing*, ma anche potrà aversi la denuncia della violazione di norme di diritto derivato comunque espressive – potrebbe dirsi – di una intrinseca carica assiologica, in quanto legate da una “singolare connessione” con la Carta stessa<sup>9</sup>.

Come si vede, nessun rilievo acquista il dato meramente formale, l'essere cioè una certa disposizione contenuta in una certa *fonte* (e, segnatamente, nella Carta dell'Unione); l'obiettivo è direttamente ed esclusivamente puntato sulle *norme*, sul loro porsi in diretta “connessione” con un documento “tipicamente costituzionale”, qual è la Carta suddetta secondo la definizione datane nella [269](#), da cui le norme stesse ricevono luce e “copertura”, finendo col dividerne a pieno tanto la forza normativa quanto il regime processuale.

Quest'esito era stato, per vero, già prefigurato con non celata preoccupazione in sede di primo commento della [269](#)<sup>10</sup>, manifestandosi il timore di una possibile (oggi puntualmente confermata e, a conti fatti, incontrollata) espansione della tecnica di risoluzione delle antinomie tra diritto eurounitario e diritto interno che fa affidamento sul sindacato accentrato in vece del collaudato meccanismo dell'applicazione diretta da parte dei giudici comuni, una espansione che verosimilmente questi ultimi, al pari della Corte dell'Unione, ben difficilmente faranno passare sotto silenzio, così come non sono rimasti indifferenti alla erosione delle loro competenze avutasi ad opera della [269](#)<sup>11</sup>.

*3. Due connotati salienti sul fronte processuale: la destrutturazione dei criteri formali posti a base della individuazione dei parametri dei giudizi di costituzionalità (ed è da chiedersi se un domani potrà aversene riscontro anche in relazione agli atti posti ad oggetto degli stessi) e la precedenza assicurata alla verifica della osservanza delle norme costituzionali rispetto a quella della osservanza delle norme dell'Unione*

Due dati meritano, poi, di essere segnalati, con specifico riguardo al versante processuale ed ai prossimi sviluppi che potrebbero registrarsi in ordine allo svolgimento dei giudizi di costituzionalità.

L'uno attiene ai criteri che presiedono allo stesso impianto dei giudizi in parola, fin qui fatto poggiare su dati aventi natura formale, tanto sul fronte del parametro quanto su quello dell'oggetto: l'uno potendo essere dato – come si sa – unicamente da norme di forma costituzionale ovvero risultanti da fonti comunque esplicitamente richiamate nella Carta e, perciò, da questa “coperte” (da fonti “interposte”, com'è d'uso chiamarle<sup>12</sup>); l'altro unicamente da leggi ed atti aventi forza di

---

<sup>9</sup> Punto 2.1 del *cons. in dir.* Ad ulteriore sottolineatura della “connessione” in parola, la Corte adduce la circostanza per cui i principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali, di cui alla direttiva 95/46/CE evocata in campo dal caso, si sono posti a “modello” di norme della stessa Carta di Nizza-Strasburgo, al momento della sua redazione, “e perciò partecipano all'evidenza della loro stessa natura, come espresso nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali” (punto 2.1).

<sup>10</sup> ... nel mio *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti Comparati* 3/2017, 18 dicembre 2017, spec. al § 4.

<sup>11</sup> Particolarmente vigorosa la reazione di recente avutasi da Cass., sez. lav., 10 gennaio 2019, *Canestri c. ICCREA Banca*, ric. 2553-2014, 47-48; v., inoltre, da ultimo, Trib. Padova, 21 febbraio 2019, in causa n. 1591/2018. Quanto poi alla giurisprudenza sovranazionale, v., part., [Corte giust., Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria](#).

<sup>12</sup> Fanno eccezione a questa regola, come tutti sanno, i regolamenti camerati, dotati dalla giurisprudenza di un “salvacondotto” che ne ha consentito la irrilevanza nei giudizi di costituzionalità, malgrado un nutrito schieramento

legge.

Ebbene, quest'assetto ha cominciato a vacillare già da qualche anno, specie sul versante dei rapporti tra norme interne e norme di diritto internazionale generalmente riconosciute<sup>13</sup>, laddove si è fatto luogo ad una vera e propria riscrittura tacita dell'art. 134 Cost., sì da consentire al sindacato della Corte di potersi appuntare anche sulle norme non scritte di adattamento automatico, di cui all'art. 10, I c. ([sent. n. 238 del 2014](#))<sup>14</sup>. La destrutturazione dei criteri formali riceve poi oggi dalla pronuncia in commento una ulteriore, poderosa spinta in avanti sul versante dei rapporti col diritto dell'Unione. Nessun rilievo è, infatti, accordato alla circostanza che la norma sovranazionale di cui si lamenta la violazione non sia contenuta nella Carta di Nizza-Strasburgo, in relazione alla quale si è consumato lo strappo operato dalla [269](#) per ciò che attiene alle sedi istituzionali ed alle tecniche di risoluzione delle antinomie<sup>15</sup>; conta soltanto la rilevata attitudine delle norme-parametro a dare protezione ai diritti, la loro carica assiologica insomma.

Viene allora spontaneo chiedersi se questo *trend* potrà altresì affermarsi sul versante dell'oggetto, assistendosi all'attrazione nell'area del sindacato accentrato anche di norme risultanti non da atti-fonte di primo grado, ovvero sia è da chiedersi se la nozione di “forza di legge”<sup>16</sup>, di cui è parola nell'art. 134, potrà d'ora innanzi essere intesa *in senso sostanziale* (e non formale), facendosi valere dunque il sindacato stesso nei riguardi di ogni norma *sostanzialmente primaria* e così riprendendosi – come si vede – un'antica proposta di un'autorevole dottrina<sup>17</sup>. Sarebbe, d'altronde, ben strano che la destrutturazione in parola, ancorché ad oggi circoscritta, si faccia valere unicamente sul fronte del parametro e non pure su quello dell'oggetto; quanto meno, occorrerebbe spiegare le ragioni di siffatto differenziato trattamento che – come si è veduto – attiene agli stessi criteri-guida posti a base dell'esercizio del sindacato di costituzionalità.

Il secondo dato concerne specificamente il modo con cui si prefigura l'esame delle questioni di costituzionalità che potrebbero dirsi “complesse”, nelle quali cioè sia simultaneamente denunciata la violazione di norme sovranazionali assiologicamente pregnanti (nel senso prima detto) e di una norme costituzionali, ancorché – come si è veduto – d'ora in poi non necessariamente coincidenti.

Qui, la Corte, richiamandosi ad alcuni passaggi argomentativi della [269](#), lascia intendere che, ogni qual volta si abbia la denuncia di una congiunta violazione di norme sovranazionali e di norme costituzionali, ebbene la precedenza sarà data alla verifica del rispetto delle seconde e solo “eventualmente” anche delle prime. È poi inverosimile immaginare che, nel raffronto tra le previsioni della Carta dell'Unione e quelle della Carta costituzionale, il giudice delle leggi possa escludere la violazione della seconda ed ammettere allo stesso tempo quella della prima: sarebbe come prendere atto del fatto che la nostra legge fondamentale contiene delle lacune quanto al

---

dottrinale abbia da tempo (e con varietà di argomenti) deplorato siffatta loro “degiurisdizionalizzazione”, un “salvacondotto” che nondimeno resiste per un malinteso attaccamento a principi, quale quello dell'autonomia delle Camere, di risalente tradizione e però bisognosi di essere oggi complessivamente ripensati alla luce del mutato contesto costituzionale ed istituzionale.

<sup>13</sup> Non è, invero, senza significato che del fenomeno ora segnalato si sia avuto riscontro proprio al piano delle relazioni interordinamentali, con riguardo cioè sia ai rapporti tra diritto interno e diritto internazionale sia a quelli del primo col diritto eurounitario: indice emblematico (e meritevole di uno studio ad esso specificamente dedicato) della difficoltà di mantenere antichi schemi teorici d'inquadramento sistematico nel presente contesto segnato dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale e da un'avanzata, seppur non lineare e particolarmente sofferta, integrazione sovranazionale. Su ciò mi parrebbe urgente un supplemento di riflessione.

<sup>14</sup> Nella circostanza, come si ricorderà, la norma di adattamento è stata qualificata come “inesistente” e, ciononostante, non si è ugualmente riconosciuta l'opportunità al giudice comune di accertarla come tale, ancora una volta accentrando il sindacato in capo alla Consulta. Ancora un caso – come si vede – di una questione che avrebbe potuto essere dichiarata inammissibile e che invece è stata scrutinata nel merito.

<sup>15</sup> Che la pronuncia in parola abbia segnato una tappa di straordinario rilievo al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, dei quali dunque condiziona anche i prossimi sviluppi, è stato subito colto non soltanto dai cultori di plurime discipline di diritto positivo ma anche dalla più avvertita dottrina storicistica che non ha mancato di farvi richiamo (v., dunque, P. CERAMI - M. MICELI, *Storicità del diritto. Strutture costituzionali, fonti, codici. Prospettive romane e moderne*, Giappichelli, Torino 2018, spec. 19 ss.).

<sup>16</sup> ... o, meglio, secondo una opportuna precisazione di una risalente ed accreditata dottrina, di “valore di legge”, quale attitudine propria di alcune fonti a soggiacere unicamente al sindacato del giudice costituzionale.

<sup>17</sup> Ovvio il riferimento a C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano 1964.

riconoscimento e alla tutela dei diritti, delle quali invece non si ha riscontro nella Carta dell'Unione. Come si è fatto in altri luoghi notare, ben difficilmente infatti il giudice costituzionale accederà all'ordine di idee che la Costituzione offra una protezione meno intensa ai diritti di quella che è loro data da altre Carte.

Dunque, la Corte parrebbe *quodammodo* “razionalizzare”, seppur limitatamente al campo di esperienza su cui vengono ad emersione le antinomie tra diritto interno e diritto eurounitario<sup>18</sup>, la tecnica di assorbimento dei vizi, della quale ha sempre ritenuto di poter fare un uso libero<sup>19</sup>, al di fuori di ogni canone precostituito di formale fattura<sup>20</sup>, prefigurandosi dunque un'applicazione pressoché a tappeto dell'assorbimento stesso. È evidente la ragione della precedenza che si intende dare all'esame del rispetto della Costituzione, per effetto della quale la Corte cerca di evitare – perlomeno, fin dove possibile – di doversi confrontare (e, se del caso, scontrare) con la giurisprudenza sovranazionale, allo stesso tempo ribadendo la centralità di posto dei parametri costituzionali e, con essa, la riserva a se stessa della competenza di darne in ultima istanza la definizione e la salvaguardia<sup>21</sup>.

4. Il “chiarimento” implicitamente reso dalla Consulta in ordine all'esercizio del rinvio pregiudiziale, riconosciuto finalmente idoneo a spiegarsi a tutto campo, i cortocircuiti che possono comunque aversi in conseguenza dell'attrazione al sindacato accentrato delle antinomie tra norme interne e norme eurounitarie self executing, il modo con cui vi si potrebbe in prospettiva de iure condendo porre rimedio

Nel momento in cui la Corte porta ad indefinita dilatazione l'area del proprio sindacato, si preoccupa tuttavia di tranquillizzare i giudici comuni e, a parziale compenso della contrazione della loro sfera di competenze, spiana – come si diceva – la via all'esercizio del rinvio pregiudiziale a tutto campo, fornendosi così *ante litteram* (e seppur implicitamente) il “chiarimento” richiesto da [Cass., II sez. civ., n. 3831 del 2018](#) in merito ad un sibillino e inquietante passaggio argomentativo contenuto nella [269](#). Le domande alla Corte dell'Unione potranno, dunque, farsi non soltanto “per altri profili” rispetto a quelli già denunciati in occasione della prospettazione del dubbio di costituzionalità alla Consulta, secondo quanto invece ventilato dalla pronuncia da ultimo richiamata.

Ancora una volta, la Corte si appoggia alla impostazione al riguardo data dal TAR del Lazio, precisando<sup>22</sup> che ad essa spetta la “prima parola” perché questa è stata la “volontà esplicita del giudice a quo”, lasciandosi dunque intendere che un domani potrebbe delinearsi un diverso scenario, in ispecie per il caso che il giudice comune reputi di aver comunque bisogno di lumi da parte della Corte di giustizia circa il retto significato del parametro eurounitario che si suppone essere stato offeso dal diritto nazionale<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> Nulla, ovviamente, possiamo dire se ciò si farà anche per altri ambiti materiali.

<sup>19</sup> Qui pure, per vero, lo fa ma limitatamente ai profili di diritto interno, dando la precedenza all'esame della denuncia della violazione dell'art. 3 Cost., tanto *sub specie* della ragionevolezza quanto della eguaglianza *stricto sensu*.

<sup>20</sup> Riferimenti, part., in A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Jovene, Napoli 2013.

<sup>21</sup> Non si sottovaluti, tuttavia, al riguardo, il sibillino riferimento fatto nel punto 2.3 del *cons. in dir.* alle tradizioni costituzionali comuni ed al concorso che il giudice costituzionale si ripromette di dare, “per la propria parte”, alla corretta interpretazione dei diritti fondamentali (*rectius*, dei disposti che li riguardano) riconosciuti dalla Carta dell'Unione in linea con le tradizioni suddette. Il timore che possa, per questa via, registrarsi una invasione del campo riservato alla Corte di giustizia non mi parrebbe essere infondato.

<sup>22</sup> Punto 2.3 del *cons. in dir.*

<sup>23</sup> Ho più volte (ad es., in [Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile](#), in questa [Rivista](#), 2018/III, spec. 561 ss.) richiamato l'attenzione sul fatto che la necessaria e sistematica precedenza della pregiudizialità costituzionale su quella “comunitaria”, rilevata – come si sa – in molti commenti della [269](#) ed a quest'ultima imputata [*ex plurimis*, G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 gennaio 2018, e, dello stesso, *Giudici comuni e diritto dell'Unione*



Di non poco momento è, ad ogni buon conto, il riconoscimento che si ha nella decisione ora annotata del “concorso di rimedi giurisdizionali” conseguente all’adozione della Carta dell’Unione, cui si deve dunque un arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti, la qual cosa “esclude ogni preclusione” in ordine all’interpello del giudice dell’Unione da parte dei giudici comuni<sup>24</sup>.

Nulla, ovviamente, da eccepire a questo significativo ed apprezzabile “chiarimento” reso dal giudice delle leggi. Il punto è però che, per effetto della svolta segnata dalla [269](#) ed ora ulteriormente portata avanti dalla decisione in commento, potranno determinarsi situazioni di conflitto tra le Corti la cui risoluzione potrà rivelarsi assai ardua ed impegnativa, comunque sofferta, specie laddove le Corti stesse dovessero pronunziarsi su norme sostanzialmente coincidenti, secondo l’ipotesi originariamente prospettata nella [269](#). In particolare, i cortocircuiti potranno aversi proprio nel caso che la Consulta dovesse essere chiamata a pronunziarsi per prima e abbia quindi rigettato la questione, nel mentre la Corte dell’Unione, successivamente interpellata, lasci intendere che sussista una violazione della normativa sovranazionale. In una congiuntura siffatta, non è chiaro – *dal punto di vista della Consulta* – se il giudice possa ugualmente (*ma, dal punto di vista della Corte dell’Unione, debba*), disapplicare la norma interna contraria a norma eurounitaria *self executing* ovvero se sia tenuto ad investire nuovamente la Corte costituzionale della questione, non operando in una congiuntura siffatta la preclusione che ordinariamente consegue ad una decisione di rigetto della Corte stessa<sup>25</sup>.

Sta di fatto che, per la Consulta, ogni qual volta si abbia una questione di “rango costituzionale” avente ad oggetto antinomie tra norme sovranazionali e norme interne, dovrebbe *sempre* (e senza eccezione alcuna) incardinarsi su di essa la cognizione dello stesso giudice delle leggi, mentre, a giudizio della Corte dell’Unione, l’applicazione diretta delle une norme va *in ogni caso* assicurata, indipendentemente dal fatto che le norme interne con esse incompatibili siano passibili di rimozione da parte del legislatore o con “*qualsiasi altro procedimento costituzionale*” (e, perciò, in buona sostanza, col loro annullamento ad opera del giudice costituzionale<sup>26</sup>). L’unico modo – secondo una proposta altrove affacciata<sup>27</sup> – per riconciliare i punti di vista diametralmente opposti delle Corti, garantendo in pari misura le aspettative di entrambe, parrebbe essere quello di far seguire all’applicazione diretta della norma sovranazionale la prospettazione di una questione di costituzionalità avente ad oggetto la norma interna con essa incompatibile, al fine di aversene la rimozione con effetti *erga omnes*. Ciò che, tuttavia, passa di tutta evidenza attraverso la messa da canto dei canoni che stanno a base del sindacato incidentale sulle leggi, la quale può aversi – a me

---

europa nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017, in *Giur. cost.*, 6/2017, 2948 ss.; nella stessa *Rivista* (e sia pure con riferimento a talune ipotesi puntualmente descritte), G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, 2955 ss.; più di recente, v. R. ROMBOLI, *Dalla “diffusione” all’“accentramento”: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, I, 2226 ss.; altri riferimenti in G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24/2018, 19 dicembre 2018, e spec. C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *Aa.Vv.*, *Il “dialogo tra le corti” parla anche di processo penale. Implicazioni e ricadute della vicenda “Taricco” sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale*, in [La legislazione penale](http://La legislazione penale) 4 febbraio 2019, 20 ss.], non potrebbe comunque conciliarsi col bisogno avvertito dal giudice nazionale di avere delucidazioni dalla Corte dell’Unione a riguardo del significato del parametro eurounitario violato, prima di determinarsi per la prospettazione di un dubbio di costituzionalità con riguardo a sospette violazioni tanto di norme sovranazionali quanto di norme costituzionali, siano ([sent. 269](#)) o no (sent. ora in commento) coincidenti.

<sup>24</sup> Ancora punto 2.3, cui si devono i riferimenti (alcuni dei quali quasi testuali) ora fatti.

<sup>25</sup> Il vero è che il modo corrente (e ormai solidamente affermatasi) con il quale sono ricostruiti gli effetti delle decisioni in parola è stata pensato per contesti diversi da quello in cui s’inscrivono i casi di doppia pregiudizialità, in presenza dei quali ci si trova – come si vede – obbligati a rivedere antichi e collaudati schemi teorici, sempre che – beninteso – si voglia seguire fino in fondo il punto di vista della Consulta manifestato nella [269](#) ed ora con rinnovato vigore confermato dalla pronunzia in commento.

<sup>26</sup> Così, nel mio *Colpi di fioretto della Corte dell’Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria)*, in [Diritti Comparati](#), 3/2018, 8 novembre 2018.

<sup>27</sup> ... nel mio [Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?](#), in questa [Rivista](#), 2018/I, 155 ss.

pare – solo a mezzo di una innovazione degli stessi per via positiva e non già *ope juris prudentiae*.

Il nodo – come si vede – torna ad avvolgersi attorno alla rilevanza ed all'incidentalità obbligate a versare, nel corso di plurime esperienze, in una condizione di palese e grave sofferenza.

Un'ultima notazione, con riferimento alla ricaduta che, già dopo la [269](#) ma soprattutto dopo la pronunzia di oggi, potrebbe aversene a carico dei diritti, per il caso (invero realistico) che la proposta *de iure condendo* appena rammentata non dovesse avere seguito. Non si trascuri, infatti, la circostanza per cui, per un verso, permangono talune zone franche della giustizia costituzionale, per il cui contenimento – come si è rammentato – ci si trova costretti a vistose forzature dei canoni processuali, e, per un altro verso, il regime da noi adottato in merito agli effetti delle pronunzie del giudice costituzionale va incontro a limiti strutturali suoi propri, a partire da quello relativo al possibile consolidamento di effetti non sradicabili prodotti dalle leggi caducate dalla Corte. Anche per quest'aspetto, il meccanismo della disapplicazione immediata delle norme nazionali contrarie a norme sovranazionali *self executing* può con non poco profitto offrirsi al servizio dei diritti, rimediando agli inconvenienti che comunque potrebbero aversi per effetto del sindacato accentrato, suscettibili ora di moltiplicarsi in modo incontenibile in conseguenza della estensione del sindacato stesso ad ogni caso in cui si abbia riscontro della rilevata “connessione” tra norme eurounitarie di diritto derivato e norme della Carta di Nizza-Strasburgo.

**Pasquale Costanzo****Brevi osservazioni sull'*amicus curiae* davanti alla Corte costituzionale italiana\***

1. Sono ormai numerosissimi i casi con cui la Corte ha dato corpo alla sua ormai pluriennale giurisprudenza in tema di inammissibilità dell'intervento di terzi nei giudizi di legittimità costituzionale:

- sia dalla via incidentale, sulla base della non coincidenza dei soggetti interessati con alcuna delle parti del giudizio *a quo*,
- sia dalla via principale, a motivo della non condivisione da parte dei candidati intervenienti della funzione legislativa.

Le eccezioni nel tempo ammesse per quanto riguarda il giudizio incidentale non sembrano tutto sommato contraddire il *trend* giurisprudenziale appena richiamato, in quanto risultano motivate da una sorta di connessione indiretta, originata dalla condivisione se non della situazione processuale principale, almeno della situazione sostanziale trattata. Tale comunque da esigere che si dia spazio al principio costituzionale, prevalente sulle stesse regole scritte o giurisprudenziali del processo costituzionale, del contraddittorio.

2. In questo quadro, risaltano, però, almeno due casi in cui, davanti alla Corte, l'intervento è stato configurato dagli stessi interessati come completamente scisso dagli interessi "particolari" dedotti nel processo.

Peraltro, la circostanza che tali situazioni abbiano riguardato specificamente il processo in via principale non sembra poter compromettere decisamente la tesi che qui si prova ad argomentare.

Ma vediamo i due casi assunti come esemplari.

Si tratta delle [sentenze nn. 150 del 2005](#) e [129 del 2006](#).

Nella prima, il "candidato interveniente", rappresentandosi le difficoltà fraposte dalla giurisprudenza costante della Corte (e pur tentando di dimostrarne l'inapplicabilità al caso di specie), gioca la carta estrema di una collaborazione offerta come *amicus curiae*, sia perché una siffatta situazione già avrebbe trovato riconoscimento nel giudizio di ammissibilità del *referendum*, abrogativo, sia soprattutto perché giustificata dalla materia sottoposta allo scrutinio della Corte, ossia quella ambientale, che già ammetteva per il processo comune l'intervento delle associazioni ambientaliste. Qui la Corte è restata tuttavia attestata sulla posizione negativa, rinviando, se mai, il soggetto ad un eventuale giudizio incidentale.

Nella seconda sentenza, il tentativo è analogo, ma risalta la circostanza per cui il candidato interveniente (nella specie l'operatore comunicativo TIM) punta più decisamente sulla sua configurazione come *amicus curiae*, vantando la sua «specifica competenza scaturente dal suo ruolo di esercente un servizio di sicura rilevanza pubblicistica», nonché la sua «puntuale conoscenza del regime della rete». Inutile dire che l'argomento non ha fatto breccia sulla Corte ancora più impassibile nella sua posizione di rifiuto.

3. Miglior successo non è arreso alla proposta dottrinale di fare perno sul disposto, riprodotto anche nell'art. 4, comma 3, delle ultime Norme integrative, per cui eventuali interventi di altri soggetti possono essere presi in considerazione, ferma la competenza della Corte a decidere sulla loro ammissibilità, intendendosi quindi il disposto non come proiettato nel futuro, sibbene come descrittivo di una prassi già intercorsa (quella a cui si è già fatto riferimento) nel giudizio incidentale.

---

\* Il testo riproduce la comunicazione effettuata al Seminario di studi su "Interventi di terzi e '*amici curiae*' nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza delle altre Corti nazionali e sovranazionali" organizzato dalla Corte costituzionale il 18 dicembre 2018.

4. In una tale situazione, ormai così compatta nei suoi profili dogmatici, sarebbe probabilmente arduo per la Corte (nonostante la capacità nomopoietica a cui, soprattutto di recente, ci ha abituato) decampare dalle regole ormai cristallizzatesi sul regime degli interventi di terzi in entrambi i tipi di giudizio.

D'altro canto, si potrebbe pensare che questa rigorosa giurisprudenza non sia priva di razionalità, se la *ratio* della limitazione autoimpostasi dalla Corte nel privilegiare soltanto soggetti toccati direttamente od indirettamente dalla controversia, tende a colorare nel modo più "spassionato" possibile il giudizio costituzionale. Per quale motivo infatti, nella logica di siffatto giudizio, la Corte dovrebbe dilatare i confini soggettivi del contenzioso? Forse che la Corte non ha modo di avere comunque presenti le ulteriori ricadute concrete della legislazione che è chiamata a sindacare?

5. Non sembra quindi "a valle", ma "a monte", che debba cercarsi la strada più pervia per l'introduzione della figura dell'*amicus curiae* nel processo costituzionale italiano.

La proposta è qui, infatti, quella di abbandonare i tentativi di configurare terzi intervenienti come eventuali *amici curiae*, ma di puntare piuttosto sulla valorizzazione in proposito dei poteri istruttori della Corte come disegnati dall'[art. 13 della l. n 87 del 1953](#).

Mi riferisco specificamente al potere di audizione come testimoni di soggetti esterni agli interessi implicati dalla controversia, con ciò fornendo nel contempo alla nozione di "testimoni" un senso più appropriato alle dinamiche del contenzioso costituzionale, ossia non quella, abituale, di soggetti informati sui fatti (peraltro marginalmente rilevanti davanti alla Corte), ma quella, maggiormente funzionale, di soggetti dotati di una conoscenza diretta delle questioni generali, vuoi in quanto versate nella materia trattata, vuoi per altri convincenti motivi.

Di qui l'opportunità, se non la necessità, di qualche aggiornamento di tipo procedurale (delle Norme integrative in punto di istruttoria) al fine di tipicizzare, se utile, e comunque incanalare tali "testimonianze", siano esse autonomamente offerte o in altro modo sollecitate o ancora richieste d'ufficio.

6. Si tratterebbe, peraltro, di porsi sulla scia di quanto operato, ad esempio, dal *Conseil constitutionnel* francese, nel cui Regolamento interno, all'art. 6, comma 1, si prevede che, per esigenze istruttorie, il Consiglio può decidere di effettuare un'audizione.

Ora, se è vero che di tale istituto è meglio noto l'uso fatto dal *Conseil* nel contenzioso elettorale (quindi più come giudice elettorale che come giudice costituzionale), non mancano esempi di audizioni nel controllo stesso di costituzionalità

7. Audizioni, queste ultime, da distinguersi dunque dagli interventi volontari in senso tecnico, che la normativa francese evocata ammette esplicitamente (disciplinandoli nei comma 2 e 3 dell'articolo 4 del Regolamento interno): soltanto questi, infatti, potrebbero omologarsi ai terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato dalla norma o dalle norme.

Analogamente, del resto, mi pare ragioni anche la Corte costituzionale, anche se occorre notare la maggiore larghezza esibita Oltralpe nel riconoscere la sussistenza di tale interesse qualificato, così da rendere spesso il giudizio una sorta di forum pubblico utile a dibattere determinate questioni di generale interesse (è stato il caso, ad es., dell'ammissione come terzi di organismi rappresentativi o particolarmente motivati a mantenere o ad abrogare disposizioni rivolte alle persone di cui difendono

gli interessi oppure di autorità territoriali coinvolte in questioni relative alle norme che regolano la libera amministrazione delle rispettive comunità).

8. Ma, restando sul tema dell'audizione di esperti come *amici curiae*, si può ricordare l'audizione, da parte del *Conseil*, di professori di diritto nella fase istruttoria della procedura di sindacato di costituzionalità, allorché è stato in particolare il giudice relatore ad audire siffatti soggetti nella fase di preparazione di decisioni caratterizzate da complesse questioni giuridiche per cui il *Conseil* non vantava (o riconosceva di non avere) competenze specifiche.

È stato, ad es., il caso dell'udienza del 28 luglio 1987, in cui è stato audito Jean-Marie Verdier, professore diritto del lavoro, su una questione concernente la riforma del diritto di sciopero. È però dal 2007 che il *Conseil constitutionnel* sembra aver conferito maggior rilievo all'audizione di esperti prima del deferimento della questione al *plenum* dell'organo: così ancora, a titolo di esempio, sono stati auditi Frédérique Dreifuss-Netter, Bertrand Mathieu e Paul Lagarde durante l'esame della legge sul controllo dell'immigrazione a novembre 2007, e ancora Anne Levade per il trattato di Lisbona nel dicembre dello stesso anno.

9. Non mi nascondo che gli esempi fatti potrebbero suscitare perplessità perché, almeno sul versante giuridico, la competenza dei componenti della Corte italiana, a differenza del colleghi francesi, dovrebbe presumersi in base ai criteri stessi del loro reclutamento.

Ma potrebbe replicarsi che non è detto che, in un dato momento storico, tale competenza sia presente a 360 gradi nel collegio o che lo stesso collegio rifletta tutte le possibili posizioni dottrinali, o, più decisamente, che le questioni controverse vertano sempre in un ambito giuridico, da ritenere anzi residuale rispetto a tutti gli altri campi della scienza e delle tecnologia con i quali la Corte sarà sempre più chiamata sempre a confrontarsi.

10. Concludendo queste rapide brevi osservazioni, si osserva, dunque, come sul fronte dell'*amicus curiae*, sembrerebbe abbastanza agevolmente percorribile, anche a bocce per così dire ferme, la via dell'[art. 13 l. 87 del 1953](#). Ma che, anche su quello degli interventi veri e propri, il giudizio della Corte ricaverebbe più smalto da una dilatazione ragionevole della nozione di interesse qualificato magari semplicemente (o solo) in ragione della specifica configurazione del soggetto interveniente (di carattere collettivo o *lato sensu* giuspubblicistico): ciò che eviterebbe, per altro verso, i rischi di una proliferazione soggettiva della controversia a tutela di interessi meramente individuali (che meno hanno a che fare con le ragioni oggettive che debbono sostenere una dichiarazione di incostituzionalità).

Tania Groppi

## Interventi di terzi e *amici curiae*: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia\*

SOMMARIO: 1. Prologo: sulle due sponde dell’Atlantico. – 2. C’è qualcosa di nuovo? – 3. Di che cosa stiamo parlando? – 4. Cosa fanno gli altri? – 4.1. Le tendenze: verso un’apertura del contenzioso costituzionale sui diritti. – 4.2. Le modalità: discrezionalità delle corti e apertura “selettiva”. – 4.3. Il contributo “reale” dei soggetti esterni. – 5. Cosa vogliamo ottenere? – 6. Come? Il doppio binario. – 7. Rilegittimarsi continuamente.

### 1. Prologo: sulle due sponde dell’Atlantico

Roma, martedì 23 marzo 2010, ore 9 del mattino. In una giornata di sole primaverile, di fronte all’ampio portone del Palazzo della Consulta, sulla Piazza del Quirinale, c’è più movimento del solito. Un nutrito gruppetto di uomini e donne, dopo le strette di mano e i saluti di rito, si avvia dentro l’androne. Un attento passante avrebbe forse notato l’andatura decisa dei primi di loro e, chissà, qualche tremore su alcuni dei volti. Alle 11 è tutto finito, gli avvocati si liberano dalle toghe, le tre coppie escono tenendosi per mano. Una telecamera volante è arrivata per l’occasione, il giornalista fa qualche intervista. Rari video un po’ sfocati, postati su internet privatamente, mostrano le arringhe degli avvocati, nell’elegante sala delle udienze della Corte costituzionale. La Corte li ascolta impassibile, salvo ritirarsi un momento, secondo una prassi ormai rituale, per dichiarare inammissibile l’intervento dell’Associazione radicale Certi diritti. Ma gli stessi avvocati rappresentano anche le parti – ovvero le tenaci coppie dello stesso sesso che hanno fatto ricorso dopo il rifiuto degli ufficiali di stato civile di accettare le loro pubblicazioni di matrimonio, scalando tutti i gradi di giudizio per arrivare a questa giornata – e quindi hanno titolo per pronunciare le loro sentite parole. L’avvocato dello Stato, una donna, stancamente difende la legge.

Qualche settimana dopo. Con un comunicato di quattro righe, la Corte annuncia di aver dichiarato inammissibili e infondate tutte le questioni. La sentenza seguirà di lì a poco, aprendo la strada a un profluvio di articoli e commenti, di diverso sapore.

Washington, martedì 28 aprile 2015, ore 9 del mattino. In una giornata di sole primaverile, il venticello leggero fa volare gli ultimi fiori di una tardiva *cherry blossom*. I gradini della Corte suprema sono affollati come nelle grandi occasioni, le telecamere si contendono le immagini delle coppie che salgono festanti tenendosi per mano, i giornalisti si preparano all’attesa. Due ore e mezzo più tardi, ecco spuntare gli avvocati e le coppie, tutti pronti per interviste e dichiarazioni davanti alla selva dei microfoni. L’entusiasmo, la speranza, l’attesa, sono nell’aria. Gli audio dell’udienza, disponibili in versione ufficiale sul sito web della Corte, così come le trascrizioni, danno conto di un vivace dibattito, nel quale gli avvocati delle parti, il *Solicitor General* degli Stati Uniti e quelli di due degli Stati membri coinvolti, oltre a rispondere ai quesiti fatti avere loro in anticipo, hanno dialogato in modo serrato con tutti i giudici, peraltro già ben preparati dalla lettura non solo degli atti delle parti, ma anche dei 147 *briefs* (record per ora ineguagliato) ricevuti dagli *amici curiae*. È stato un confronto franco e brillante, una vera lezione di diritto costituzionale, da far ascoltare ai nostri studenti.

Il 26 giugno, quando la decisione – che riconosce il diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso in tutta la federazione – viene annunciata, è una folla festante, migliaia di persone, che agita le sue bandiere colorate di fronte alla Corte suprema.

Un’ennesima riflessione, come quella che qui si propone, sul tema, ormai annoso in Italia, dell’eventuale “apertura” del giudizio costituzionale agli interventi dei terzi o, addirittura, agli *amici curiae* (ritorneremo tra breve su tali ambigue espressioni) può forse partire da queste giornate e da

---

\* Questo testo prende spunto dalla relazione svolta nel Seminario di studi su “Interventi di terzi e ‘*amici curiae*’ nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell’esperienza delle altre Corti nazionali e sovranazionali”, organizzato dalla Corte costituzionale il 18 dicembre 2018 (una versione abbreviata è destinata alla rivista *Quaderni Costituzionali*).

queste immagini, che conviene avere ben presenti mentre si leggeranno le pagine che seguono, che sono articolate intorno a cinque interrogativi:

- 1) c'è qualcosa di nuovo?
- 2) di che cosa stiamo parlando?
- 3) cosa fanno gli altri?
- 4) cosa vogliamo ottenere?
- 5) come?

Per concludere avanzando alcune possibili soluzioni che tengano conto non soltanto dell'esperienza italiana e di quelle comparate, ma anche del quadro più generale, ovvero delle sfide che la giustizia costituzionale si trova ad affrontare nel XXI secolo.

## 2. C'è qualcosa di nuovo?

La partecipazione al processo costituzionale di soggetti diversi dalle parti è ormai un classico delle riflessioni sulla giustizia costituzionale in Italia. Senza bisogno di risalire ancora più indietro<sup>1</sup>, basti richiamare le parole con le quali nel 1997, nel momento della grande fioritura del diritto processuale costituzionale seguita allo smaltimento dell'arretrato, Valerio Onida apriva un convegno dedicato al contraddittorio nel giudizio sulle leggi: “se c'è un tema riguardo al quale è impossibile parlare di indirizzi consolidati nella giurisprudenza costituzionale, questo è il tema delle condizioni e dei limiti di ammissibilità dell'intervento, nei giudizi dinanzi alla Corte, di soggetti diversi da quelli espressamente contemplati dalle norme legislative e integrative”<sup>2</sup>.

Nonostante la modifica, nel 2004, dell'articolo 4, comma 3, delle [Norme integrative](#), attraverso il riferimento a “eventuali interventi di altri soggetti”<sup>3</sup>, quest'affermazione resta ancora attuale<sup>4</sup>, come mostrano un paio di recenti decisioni che, in maniera “sorprendente” secondo la dottrina<sup>5</sup>, hanno dichiarato ammissibili gli interventi dell'Unione delle Camere Penali e del Consiglio nazionale del notariato<sup>6</sup>.

E non solo. Su questo terreno stanno rendendosi palesi talune “disarmonie” (non trovo una parola migliore), sia a livello processuale che a livello “sistemico” che richiedono in modo sempre più impellente di essere affrontate.

Alcuni indicatori.

Sul piano processuale, si può richiamare il [provvedimento del Presidente della Corte costituzionale del 21 novembre 2018](#), sulla “messa a disposizione degli atti processuali agli intervenienti nel giudizio di legittimità costituzionale, prima della dichiarazione di ammissibilità del loro intervento”, che – pur pienamente necessario e condivisibile nella sostanza – fa emergere una serie di problemi di non poco

---

<sup>1</sup> Al riguardo vedi la ricostruzione di M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1991.

<sup>2</sup> V. ONIDA, *Presentazione*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, Giappichelli, 1998, XI.

<sup>3</sup> Con la modifica del 2004 è stata inserita la previsione, che oggi si ritrova nel comma 3 dell'articolo 4: “Eventuali interventi di altri soggetti, ferma la competenza della Corte a decidere sulla loro ammissibilità, devono aver luogo con le modalità di cui al comma precedente” (ovvero deposito delle deduzioni, comprensive delle conclusioni, e della procura speciale). Al riguardo, si è parlato della modifica delle Norme integrative del 2004 e del 2008 come di una occasione perduta: M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, 17 ss.

<sup>4</sup> In ultimo, nel senso che “la giurisprudenza si presenta ancor oggi incerta e oscillante, tendenzialmente restrittiva ma con alcune non insignificanti aperture”, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2019, 267.

<sup>5</sup> Riprendo qui l'espressione di A.M. LECIS COCCO ORTU, *Sull'intervento dell'Unione delle Camere Penali nel giudizio di costituzionalità delle norme in materia di astensione degli avvocati: Verso un timido allargamento del contraddittorio agli enti esponenziali?* in [Rivista di diritti comparati](#), 17 settembre 2018.

<sup>6</sup> Si vedano, rispettivamente, le sentenze [n. 180/2018](#) e [n. 13/2019](#).

conto, relativi alla procedura attraverso la quale si svolge attualmente la valutazione dell'ammissibilità delle richieste di intervento<sup>7</sup>.

Quanto al piano sistemico, recenti studi comparatistici condotti da gruppi di ricerca internazionali, che hanno esaminato la Corte costituzionale italiana insieme a un rilevante numero di altre Corti costituzionali e supreme (ho fatto parte di un paio di questi), hanno messo in evidenza che, a fronte di uno spiccato carattere "relazionale" (in termini di rapporti con gli altri soggetti istituzionali) e "attivista" (in termini di creatività nell'interpretazione), quando si passa a considerare il processo e la motivazione, la Corte italiana risulta essere assai meno "relazionale" della maggior parte delle altre corti che svolgono il controllo di costituzionalità<sup>8</sup>.

E questo non solo per la nota questione della mancanza della *dissenting opinion*. L'atteggiamento della Corte italiana rispetto ai materiali esterni (contributi di terzi; dottrina; diritto straniero; diritto internazionale; conoscenze extra-giuridiche) è stato definito "della tripla I": *Informal, Implicit, Indirect*. Ovvero, la Corte sembra seguire l'impostazione che il defunto Antonin Scalia consigliava per l'uso della giurisprudenza straniera: "conoscerla ma non citarla"<sup>9</sup>.

È stato sottolineato che questo approccio "informale" a tali materiali, determinando una certa "opacità" nell'uso degli argomenti, potrebbe, alla lunga, avere un impatto negativo sulla legittimazione della Corte<sup>10</sup>.

Nel complesso, possiamo dire – e questa è forse la principale "disarmonia" riguardo al tema in esame – che ormai da decenni la dottrina resta ferma, nella sua grande maggioranza, nel chiedere alla Corte di muovere, in qualche modo, nella direzione di una maggiore, più trasparente e più coerente "apertura" del processo costituzionale a soggetti (e, aggiungerei, a materiali) "esterni"<sup>11</sup>, mentre la giurisprudenza, dopo la "svolta" dell'inizio degli anni novanta, rimane invece orientata, sia pure con qualche oscillazione, verso una tendenziale chiusura.

Ma c'è qualcosa di più. Una riflessione su una eventuale apertura del giudizio costituzionale "oltre le parti" appare oggi non ulteriormente rinviabile anche in conseguenza di una serie di mutamenti che, negli ultimi venti anni, hanno investito "l'ambiente" (o, se vogliamo, il "substrato", nel senso dello scenario fattuale: sociale, politico, culturale, scientifico e tecnologico) nel quale la Corte costituzionale italiana (così come le sue simili) è chiamata a muoversi.

<sup>7</sup> Mi limito a segnalare, tra le molte questioni che pone tale documento (come prontamente rilevato dalla dottrina: A. RUGGERI, *Nota minima a riguardo di una procedimentalizzazione anomala dell'intervento del terzo nei giudizi di costituzionalità*, in questa *Rivista, Studi 2018/III*, 616), la sorprendente rivelazione che, fino all'adozione di tale atto, "la prassi di questa Corte si è orientata per lungo tempo nel senso di consentire la visione degli atti anche ai soggetti che abbiano presentato (tempestivamente e intempestivamente) un atto di intervento ancora non dichiarato ammissibile da questa Corte" (il documento prefigura anche una soluzione procedurale innovativa, su cui v. *infra*).

<sup>8</sup> Sulla relazionalità della Corte costituzionale italiana, V. BARSOTTI, P.G. CARROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, Oxford University Press, 2015. Tale relazionalità è stata messa in discussione dai contributi raccolti in A. JAKAB, A. DYEVE, G. ITZCOVICH (eds), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 e in quelli in corso di pubblicazione in V. BARSOTTI, P.G. CARROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI (eds), *Dialogues on Constitutional Justice. Comparative Reflections on the Italian Style*. V. anche V. BARSOTTI, *The Importance of Being Open: Lessons from Abroad for the Italian Constitutional Court*, *Italian Journal of Public Law*, 2016, 28 ss.

<sup>9</sup> Scalia avrebbe detto: "I mean, go ahead and indulge your curiosity! Just don't put it in your opinions!". Così A.L. PARRISH, *Storm in a Teacup: The US Supreme Court's Use of Foreign Law*, *University of Illinois Law Review*, 2007, 675.

<sup>10</sup> V. T. GROPPI, I. SPIGNO, *Constitutional Reasoning in the Italian Constitutional Court*, in A. JAKAB, A. DYEVE, G. ITZCOVICH (eds), *Comparative Constitutional Reasoning*, cit., 559; v. anche T. GROPPI, *Giustizia costituzionale 'italian style'? Sì, grazie (ma con qualche correttivo)*, in *DPCE ON LINE*, n. 2/2016 e T. GROPPI, A. M. LECIS COCCO ORTU, *Openness and Transparency in the Constitutional Adjudication: Amici Curiae, Third-Parties Intervention and Facts-Dialogues on Constitutional Justice*, cit.

<sup>11</sup> Sul contraddittorio, v. gli interventi raccolti nel già citato volume a cura di V. ANGIOLINI. Nel senso di richiedere "una più ricca, ma al tempo stesso accortamente misurata, partecipazione al processo costituzionale", in ultimo, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 270. In favore di un uso più frequente e trasparente dei poteri istruttori, v. già T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1997 e, di recente, molti dei contributi raccolti nel volume già citato a cura di M. D'AMICO e F. BIONDI.



Mi limito a indicare per punti, senza seguire alcun ordine, questioni ben note<sup>12</sup>, ma non per questo meno cruciali: lo spazio assunto dal giudizio di ragionevolezza; lo sviluppo di nuove tecnologie che vengono sempre più a incidere sui diritti fondamentali e si intersecano con gli *hard cases*; la crisi della rappresentanza politica e la nuova enfasi sulla partecipazione popolare; l'impatto della crisi economico-finanziaria sugli equilibri di bilancio e sui diritti sociali; fino ad arrivare al sempre più frequente attacco, da parte delle maggioranze politiche, ad alcuni *acquis* dello Stato costituzionale, a partire dai diritti delle minoranze, che fa parlare i comparatisti di una *constitutional retrogression*.

Questi processi in atto negli Stati di democrazia pluralista impongono ai giudici, ovunque nel mondo, di ripensare in termini nuovi le tradizionali problematiche legate alla triade “trasparenza, partecipazione, legittimazione”, intorno alla quale ruota il processo costituzionale, ivi compresa la delimitazione dei suoi soggetti.

La “fine della solitudine delle corti costituzionali”<sup>13</sup>, di cui ha parlato Sabino Cassese, rende sempre più difficile per la Corte costituzionale italiana ignorare la posizione assunta, sul tema della partecipazione al processo, non solo dai giudici comuni domestici<sup>14</sup>, che costituiscono il suo tradizionale habitat (o, come è stato detto, i suoi principali utenti)<sup>15</sup>, ma anche dalle corti europee<sup>16</sup> e, più in generale, dagli altri giudici che si muovono sulla scena del cd. “costituzionalismo globale”.

Per questo, assume un rinnovato rilievo, presentandosi finanche come una necessità, una lettura della situazione italiana inserita nel panorama della giustizia costituzionale comparata: un esercizio che, dopo il 1989, si rivela sempre più complicato, tenuto conto dell'enorme numero di giurisdizioni, in senso lato costituzionali, esistenti nel mondo<sup>17</sup>.

### 3. Di che cosa stiamo parlando?

Non è superfluo spendere qualche parola sull'oggetto di questo articolo, perché ovviamente la prima questione che ogni comparazione pone è quella definitoria.

Esiste un enorme problema definitorio e lessicale riguardo alla partecipazione al giudizio costituzionale di soggetti “esterni”, nel senso che non sono parti<sup>18</sup>, per cui le soluzioni normative e giurisprudenziali adottate nei diversi ordinamenti debbono essere maneggiate con assoluta cautela.

<sup>12</sup> V. almeno, per una visione di sintesi, Z. SZENTE, F.GÁRDOS-OROSZ (eds), *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe. A Comparative Perspective*, New York, Routledge, 2018.

<sup>13</sup> S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars Interpretandi*, 2015, 21 ss.

<sup>14</sup> Sulla evoluzione della posizione dei giudici comuni italiani riguardo al tema degli interventi v. A. M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents français et italien*, Paris, LGDJ, 2018, 218 ss. Di particolare interesse risultano anche le azioni collettive nell'ambito del diritto antidiscriminatorio e la loro interpretazione estensiva da parte dei giudici ordinari: in ultimo v. Tribunale di Milano, sez. I, r.g. 20954/2018, 12 dicembre 2018.

<sup>15</sup> Così V. ONIDA, *Gli utenti della giustizia costituzionale in Italia*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *La giustizia costituzionale e i suoi utenti*, Milano, Giuffrè, 2006, 172 ss.

<sup>16</sup> Mi riferisco ovviamente a una forma di influenza indiretta, in quanto la giurisprudenza della Corte EDU relativa ai processi costituzionali non impone l'allargamento del contraddittorio, limitandosi a chiedere, fin dalla sua più nota [sentenza Ruiz Mateos del 1993](#), che alle parti siano riconosciuti adeguati diritti processuali. Vedi R. IBRIDO, *Intorno all'“equo processo costituzionale”*: il problema della operatività dell'art. 6 CEDU nei giudizi dinanzi ai Tribunali costituzionali, in [Rivista AIC](#), n. 1/2016; v. anche L. BURGORGUE-LARSEN, *L'influence de la Convention européenne sur le fonctionnement des cours constitutionnelles*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2008, 265 ss.

<sup>17</sup> Nel 2012, Cassese riferiva della esistenza, in 164 dei 193 membri delle Nazioni Unite, di procedure di controllo della legittimità costituzionale sulle leggi e, in 76 di essi, di corti costituzionali: S. CASSESE, *The Will of the People and the Command of the Law. Constitutional Courts, Democracy and Justice*, in V. BARSOTTI e V. VARANO (a cura di), *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Quaderni, 1, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 17 ss.

<sup>18</sup> Questo vale per il giudizio sulle leggi in generale, indipendentemente dalla qualificazione del giudizio di legittimità costituzionale incidentale come giudizio “senza parti” necessarie (secondo la dizione di R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffrè, 1985) o “a parti eventuali” (G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, 227) e, invece, di quello principale come “giudizio di parti”. Per cui in

Tale complessità definitoria, oltre a discendere dalle diverse tradizioni giuridiche e processuali, è ulteriormente accresciuta dal “successo” della giustizia costituzionale, che ha implicato, via via che ci si allontana nel tempo dai prototipi storici, un incremento della complessità dei sistemi e della varietà delle soluzioni. Le molteplici competenze delle corti che svolgono funzioni di giustizia costituzionale, nonché le varie opzioni in termini di atti sindacabili e di vie di accesso, fanno sì che le classificazioni tradizionali, che ruotano intorno alle dicotomie diffuso/accentrato, concreto/astratto, incidentale/principale siano ormai incapaci anche solo minimamente di una valenza descrittiva<sup>19</sup>.

La difficoltà è testimoniata dal fatto che il tema non è approfondito (anzi, in genere nemmeno sfiorato) dalle principali trattazioni sistematiche di giustizia costituzionale comparata (almeno da quelle disponibili nelle principali lingue occidentali)<sup>20</sup>.

Se la nozione di “parte processuale” si rinviene in tutti gli ordinamenti (pur variando la concreta individuazione di tali “parti” sulla base di scelte di diritto positivo, solitamente influenzate dalle vie di accesso al giudizio), quando si passa a considerare il vasto mondo dei partecipanti diversi dalle parti è assai arduo dare definizioni condivise<sup>21</sup>.

La definizione di “terzo interveniente”, tradotto solitamente come *third-party* o *intervenier* in inglese e *tiers intervenant* in francese, risulta più agevole: potremmo dire che il terzo interveniente è la persona diversa dalle parti che è ammessa a partecipare a un procedimento in corso e che acquisisce la qualità di parte, in quanto il processo può ledere la sua situazione giuridica soggettiva.

Assai più complessa è quella di “*amicus curiae*”: tale espressione identifica istituti assai diversi che di solito hanno perso il legame con l’impostazione originaria, per la quale si trattava di soggetti sprovvisti di un interesse nel giudizio, chiamati ad apportare elementi conoscitivi su richiesta del giudice<sup>22</sup>. Nella maggior parte degli ordinamenti che menzionano questa figura, a partire dalla esperienza più nota, quella degli Stati Uniti, infatti, si è consumato il passaggio da un’“amicizia neutra” a un’“amicizia interessata”, che fa dell’*amicus* uno strumento attraverso il quale gli interessi collettivi organizzati fanno ingresso nel giudizio<sup>23</sup>.

Senza poter minimamente ricostruire qui la genesi della nozione negli ordinamenti di *common law* (o, secondo altri, già nel diritto romano), basti pensare che questo termine è utilizzato indifferentemente per definire la memoria presentata, il soggetto che la presenta e la prassi o l’istituto processuale che consente tale partecipazione (riunendo in un’unica nozione quelli che,

---

realtà, benché questo articolo si concentri sul giudizio incidentale e al di là della distanza che in questo momento intercorre tra le posizioni assunte dalla Corte nei due giudizi, le considerazioni che farò sono in linea di massima applicabili anche al giudizio in via principale.

<sup>19</sup> In questo senso, v. L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, Giappichelli, 2015, *passim*.

<sup>20</sup> Ad esempio, un cenno è in L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale*, cit., 149, ma il tema è del tutto assente (persino dagli indici, peraltro assai dettagliati) nelle opere di M. DE VISSER, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2014 e di M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013. Né è considerato in altri recenti studi, come il volume già citato di A. JAKAB, A. DYEVE, G. ITZCOVICH o quello di T. GROPP, M.-C. PONTHEAU (eds), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publisher, 2013. Risalta l’assenza di attenzione per i profili processuali della giustizia costituzionale, ivi compreso quello in esame, nelle opere collettanee italiane dedicate alla giustizia costituzionale comparata: L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2009 (tomo 1) e 2011 (tomo 2); M. OLIVETTI, T. GROPP (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003; J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, voll. 1 e 2, Torino, Giappichelli, 2000. Nessuno studio è stato realizzato al riguardo nemmeno dalla Commissione di Venezia, benché le la giustizia costituzionale rappresenti una delle tre aree di attività e nonostante il fatto che con una certa frequenza la Commissione stessa ha svolto il ruolo di *amicus curiae* davanti a giurisdizioni sovranazionali o a giurisdizioni costituzionali.

<sup>21</sup> A. M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, cit., 87 ss.

<sup>22</sup> Benché questa impostazione continui ad esistere nel Regno Unito, differenziando la figura dell’*amicus* da quella dei “third-parties interveners”: vedi Justice, *To Assist the Court: Third Party Interventions in the Public Interest* (2016), all’indirizzo telematico <https://justice.org.uk/assist-court-third-party-interventions-public-interest>.

<sup>23</sup> V. ad esempio S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, in *Yale Law Journal*, 1963, 694 ss.; S. BANNER, *The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and Their Friends, 1790-1890*, in *Constitutional Commentary*, 2003, 111 ss.

nell'intervento, sarebbero rispettivamente: l'intervento, il terzo e l'intervento del terzo). Addirittura, per fare un esempio estremo, in India sono definiti *amici curiae* anche i "difensori d'ufficio" di parti processuali sprovviste di avvocati<sup>24</sup>.

Volendo cercare un minimo comun denominatore, si potrebbe sostenere che gli *amici curiae* si collocano sullo "spartiacque tra parte e partecipazione"<sup>25</sup>: sono soggetti diversi dalle parti, che non devono dimostrare un interesse specifico rispetto alla questione di costituzionalità e che sono ammessi a partecipare al processo costituzionale senza assumere la qualità di parti.

La partecipazione delle due figure risponde a due logiche diverse, che peraltro sono state da tempo messe in luce anche nella dottrina italiana<sup>26</sup>: da un lato vi è una logica di tutela del diritto di difesa di soggetti le cui posizioni giuridiche protette potrebbero essere più o meno direttamente pregiudicate dalla decisione; dall'altro vi è una logica collaborativa, nel senso di consentire l'ingresso nel giudizio di punti di vista rilevanti rispetto alla questione da decidere.

Nei riferimenti comparati che seguiranno non sempre sarà possibile distinguere le due figure, anche perché non sempre tale distinzione, sia pure a volte presente alla dottrina, si riscontra nella normativa e nella giurisprudenza, come dimostra ad esempio la Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora innanzi, Corte EDU), che usa come sinonimi "*amicus curiae*" e "*third-party intervention*"<sup>27</sup>. Utilizzerò pertanto, in maniera indistinta, le espressioni "interventi", "terzi", "*amici curiae*", "soggetti non parti", e, quanto più possibile, "interventi esterni" o "soggetti esterni", senza che tali denominazioni intendano qualificare specifici istituti.

#### 4 Cosa fanno gli altri?

Nonostante la complessità definitoria, possiamo cercare di cogliere alcune tendenze, almeno sul terreno che sembra accomunare maggiormente le giurisdizioni costituzionali, ovvero quello del controllo di costituzionalità delle leggi, finalizzato alla garanzia dei diritti<sup>28</sup>.

Tale terreno consente, tra l'altro, di considerare, sia pure al prezzo di qualche forzatura, anche la posizione assunta dalle Corti sovranazionali dei diritti, *in primis* la Corte EDU e la Corte interamericana dei diritti dell'uomo (d'ora innanzi, Corte IDH), che presentano una prassi interessante.

Va peraltro evidenziato un ulteriore, e non secondario, elemento di difficoltà. Al fine di comprendere correttamente l'approccio di ciascuna Corte alla partecipazione di soggetti esterni, occorrerebbe esplorare a fondo il contesto in cui si muove, andando ben oltre il diritto scritto, per considerare i *secondary legal formants* e i criptotipi che guidano i giudici nell'applicazione delle norme processuali<sup>29</sup>. È tale dimensione che le immagini presentate nel prologo intendono rendere

<sup>24</sup> V. C. NKONGE, *Amicus curiae Participation in Foreign Jurisdictions*, in C. KERKERING, C. MBAZIRA, *Friends of the Court and the 2010 Constitution: the Kenyan Experience and Comparative State Practice on Amicus Curiae*, Nairobi, Judicial Training Institute et al., 2017, 103.

<sup>25</sup> A. CERRI, *Azione, difesa, partecipazione nel giudizio incidentale*, in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, 257.

<sup>26</sup> V. per es. riassuntivamente C. NAPOLI, *Il contributo argomentativo-collaborativo dell'intervento del terzo e l'"evoluzione" del giudizio incidentale*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti*, Torino, Giappichelli, 2008, 409 ss. V. anche A. ANZON, *La partecipazione dei terzi al giudizio sulle leggi tra esigenze della difesa e logica del modello incidentale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, cit., 359 ss.

<sup>27</sup> L. VAN DEN EYNDE, *Interpreting Rights Collectively. Comparative Arguments in Public Interest Litigants' Briefs on Fundamental Rights Issues*, Thesis doctoral, Université Libre de Bruxelles, 2015, 71.

<sup>28</sup> Per una classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale improntata alla dicotomia diritti/poteri (anch'essa pur sempre opinabile), v. già F. RUBIO LORENTE, *Tendances actuelles de la jurisdiction constitutionnelle en Europe*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XII, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 1997, 16 ss.

<sup>29</sup> Così M. DE VISSER, *Procedural Rules and the Cultivation of Well-Informed and Responsive Constitutional Judiciaries*, in corso di pubblicazione in V. BARSOTTI, P.G. CARROZZA, M. CARTABIA, A. Simoncini (eds), *Dialogues on*

presente. Soltanto tale consapevolezza consente di guardare al diritto comparato minimizzando il rischio di scivolare in quel *cherry-picking* o *selective approach* che spesso porta a incomprensioni, quando non, addirittura, a “trapianti” inutili o persino dannosi<sup>30</sup>.

Con queste premesse ben chiare in mente, vorrei sintetizzare qualche considerazione sulle principali tendenze in atto, per passare poi a descrivere le forme e le procedure degli interventi e fare quindi alcuni cenni alla questione della misurazione della loro influenza.

#### 4.1. Le tendenze: verso un'apertura del contenzioso costituzionale sui diritti

Quel che si nota è, in linea di prima approssimazione, una crescente tendenza ad aprire il processo costituzionale “oltre le parti”<sup>31</sup>. Tale tendenza assai spesso si avvia nel silenzio della normativa, in via di prassi, per essere in un secondo momento codificata in norme interne di procedura o, più raramente, nella legge. È quel che è accaduto, per fare solo qualche esempio, negli Stati Uniti<sup>32</sup>, in Sudafrica<sup>33</sup>, Israele<sup>34</sup>, Brasile<sup>35</sup>, Argentina<sup>36</sup>, Germania<sup>37</sup>, Francia<sup>38</sup>, Messico<sup>39</sup>, nonché di fronte alla Corte EDU e alla Corte IDH<sup>40</sup>.

---

*Constitutional Justice*, cit., 13 del paper, richiamando J. HUSA, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2015 e M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

<sup>30</sup> Su questi rischi, v. M. Siems, *Malicious Legal Transplants*, in *Legal Studies*, 2018, 103 ss.

<sup>31</sup> Le considerazioni che seguono scontano l'assenza, come già rilevato, di studi comparati ad ampio spettro in materia. Esse si limitano ad esaminare alcuni ordinamenti, selezionati principalmente sulla base della disponibilità di informazioni. Ho potuto beneficiare, oltre che del già citato volume *Friends of the Court*, dei contributi che saranno specificamente citati, della ricerca predisposta dal SERVIZIO STUDI DELLA CORTE COSTITUZIONALE, AREA DI DIRITTO COMPARATO, *L'intervento dei terzi nei giudizi di legittimità costituzionale*, a cura di P. PASSAGLIA, novembre 2018 (tuttavia, sono ben consapevole che una più ampia e completa panoramica richiederebbe una più approfondita attività di ricerca, svolta con l'ausilio di un gruppo di ricercatori internazionali e la collaborazione delle corti).

<sup>32</sup> Negli Stati Uniti, l'*amicus curiae* ha fatto la sua comparsa nel 1821, mentre la codificazione nelle regole di procedura della Corte è avvenuta nel 1939: Supreme Court Rule 27.9, 306 U.S. 671, 708–709 (1939). V. J. KEARNEY, T. MERRILL, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2000, 761.

<sup>33</sup> C. MURRAY, *Litigating in the Public Interest: Intervention and the Amicus Curiae*, in *South African Journal on Human Rights*, 1994, 240 ss. Vedi le Rules of the Court all'indirizzo telematico <https://www.concourt.org.za/index.php/about-us/rules-of-the-court> e, in particolare, la Rule 10 dal titolo “Amici curiae”.

<sup>34</sup> La Corte suprema israeliana ha accettato un *amicus brief* per la prima volta nel 1996, sotto l'influenza del Chief Justice Aharon Barak: I. DORON, M. TOTRY-JUBRAN, *Too Little, Too Late? An American Amicus in an Israeli Court*, in *Temple International and Comparative Law Journal*, 2005, 105.

<sup>35</sup> ADI 2321-MC/DF del 25 ottobre 2000, che viene citata come leading case in V. BAZÀN, *Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional*, in *Revista de Derecho del Estado*, 2014, 17.

<sup>36</sup> Acordada n° 28 del 14 luglio 2004, citato da F. VERBIC, *Innovaciones reglamentarias de la Corte Suprema de Justicia para la gestión de procesos colectivos ante su falta de regulación legal en la República argentina*, in *CADE Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo XLV, Febrero 2018, Montevideo, 97 ss.

<sup>37</sup> L'articolo 27, lett. a), della legge sul Tribunale costituzionale è stato introdotto nel 1998, ma già prima il Tribunale si avvaleva della possibilità di sentire i terzi: v. M. T. ROERIG, *Germania*, in SERVIZIO STUDI DELLA CORTE COSTITUZIONALE, AREA DI DIRITTO COMPARATO, *L'intervento dei terzi*, cit., 49 ss.

<sup>38</sup> V. la decisione n. 2010-42 QPC del 7 ottobre 2010 e quindi l'art. 6 del Regolamento interno, come modificato con la decisione n. 2011-120 ORGA del 21 giugno 2011.

<sup>39</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha iniziato ad ammettere gli *amici curiae* già prima di sancire, in una specifica deliberazione (Acuerdo General número 2/2008) la possibilità di svolgere audizioni dei soggetti interessati. Essa riceve anche frequentemente memorie scritte, in modo informale, senza che ne sia di solito fatta menzione nella decisione: G. GONZÁLEZ DE LA VEGA, *Amicus curiae. Reflexiones sobre la participación de la sociedad civil en la definición de los derechos*, in A. SOTELO GUTIÉRREZ (a cura di), *El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional*, SCJN, México, 2017, 43 ss. Il Tribunale elettorale (TEPJF) ha sancito tale possibilità con la Jurisprudencia 17/2014 in materia indigena e poi, in generale, con la Jurisprudencia 8/2018: J. L. VARGAS VALDEZ *El amicus curiae en los medios de impugnación relacionados con elecciones por sistemas normativos indígenas*, in *Anuario de Derechos Humanos del Instituto de la Judicatura Federal*, I-2017, 543 ss.

<sup>40</sup> Sulle quali, vedi *infra* in questo stesso paragrafo.

Naturalmente ci sono anche ordinamenti – è il caso delle cd. “nuove democrazie” post-1989, che costituiscono, comparativamente, il gruppo più numeroso – nei quali la giustizia costituzionale viene, fin dall’inizio, configurata in una forma il più possibile “aperta” alle molteplici istanze della società.

Ciò può avvenire sia attraverso forme di accesso diretto talmente ampie da arrivare fino all’*actio popularis*<sup>41</sup>, come nel caso della *acción pública de inconstitucionalidad* prevista dalla Costituzione della Colombia del 1991<sup>42</sup>, sia attraverso l’apertura del processo costituzionale a interventi esterni, come nel caso della Costituzione del Kenya del 2010, che introduce direttamente a livello costituzionale la figura dell’*amicus curiae*<sup>43</sup>.

Un importante elemento, che non può essere ignorato, è il diverso approccio che connota gli ordinamenti di *common law* rispetto a quelli di *civil law* e che si collega alla distanza che continua ad esistere tra le due tradizioni quando ci si addentra nella questione della motivazione delle decisioni giudiziarie<sup>44</sup>.

Quasi ogni giurisdizione di *common law* al mondo, ove solitamente il controllo di costituzionalità avviene attraverso il modello diffuso, riconosce la figura dell’*amicus curiae*, secondo l’ampia definizione che ne abbiamo dato<sup>45</sup>: nell’ambito di corti caratterizzate tradizionalmente dal metodo accusatorio, l’*amicus brief* spesso sostituisce quelle attività istruttorie che caratterizzano alcune corti di *civil law*<sup>46</sup>.

Diversa è la situazione degli ordinamenti di *civil law*, nei quali di solito operano Corti costituzionali specializzate. Nell’area europea si assiste ad esperienze contrastanti, per lo meno nell’ambito delle Corti costituzionali più antiche e stabilizzate.

Così, mentre Tribunale costituzionale austriaco<sup>47</sup>, Tribunale costituzionale spagnolo<sup>48</sup> e Tribunale costituzionale portoghese<sup>49</sup> paiono pressoché impermeabili a qualsiasi intervento di soggetti esterni, il Tribunale costituzionale tedesco si avvale, su sua iniziativa, del parere di terzi “in quanto esperti”, consentendo per questa via di essere sentite a persone fisiche e giuridiche che possano essere utili al giudizio, secondo una interpretazione della nozione di “esperienza” rimessa pienamente alla discrezionalità del Tribunale medesimo<sup>50</sup>.

La legge sulla Corte costituzionale belga riconosce la possibilità di intervenire, in forma scritta, nelle questioni pregiudiziali a quei terzi che “dimostrino di avere un interesse nella questione pendente di fronte al giudice *a quo*”. Nei ricorsi in annullamento, il riferimento è invece, più genericamente, a coloro che “giustificano un interesse”, il che ha permesso una prassi molto aperta,

<sup>41</sup> M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell’actio popularis*, Torino, Giappichelli, 2015.

<sup>42</sup> Sulla base dell’art. 241 della Costituzione del 1991: v. J. E. ROA ROA, [El modelo colombiano de control de constitucionalidad. Elementos para su defensa](#), CoCoA e-Book, Trento, 2014.

<sup>43</sup> Stabilendo, in un articolo dedicato all’*enforcement* del *Bill of Rights* (articolo 22, paragrafo 3, lett. e)), che “an organisation or individual with particular expertise may, with the leave of the court, appear as a friend of the court”. Il regolamento della Corte suprema (cd. “Mutunga Rules”, dal nome del Chief Justice che ne ha promosso l’adozione) ne ha dato però una lettura ristretta, aggiungendo i requisiti di imparzialità e indipendenza dell’esperto.

<sup>44</sup> Nel senso che tra le due tradizioni giuridiche permane una differenza significativa quando si consideri la motivazione delle decisioni, v. T. GROPPI, M.-C. PONTHEAU (eds), *The Use of Foreign Precedents*, cit., 412 ss.; A. JAKAB, A. DYEVE, G. ITZCOVICH (eds), *Comparative Constitutional Reasoning*, cit., 13 ss.

<sup>45</sup> V. BARSOTTI, *The Importance of Being Open: Lessons from Abroad for the Italian Constitutional Court*, cit., 34.

<sup>46</sup> S. KOCHVAR, *Amici Curiae in Civil Law Jurisdictions*, in *Yale Law Journal*, 2013, 1656.

<sup>47</sup> M.T. ROERIG, *Austria*, in SERVIZIO STUDI DELLA CORTE COSTITUZIONALE, AREA DI DIRITTO COMPARATO, *L’intervento dei terzi*, cit., 9 ss.; K. LACHMAYER, *The Austrian Constitutional Court*, in A. JAKAB, A. DYEVE, G. ITZCOVICH (eds), *Comparative Constitutional Reasoning*, cit., 75 ss.

<sup>48</sup> F. BAUER BRONSTRUP, *El amicus curiae en la jurisdicción constitucional española*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, 181 ss.

<sup>49</sup> T. VIOLANTE, J. M. SILVA, *O objeto do processo nos recursos de constitucionalidade: reflexões à luz do sistema português de fiscalização concreta*, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. I, Lisboa, Almedina, 2016, 529 ss.

<sup>50</sup> Vedi l’art. 27, lett. a), della legge sul Tribunale costituzionale, già citato.

specie nei confronti delle associazioni. Una volta che l'intervento è ammesso, tali soggetti acquistano la natura di parti in entrambi i tipi di giudizio<sup>51</sup>.

Il *Conseil constitutionnel*, lungamente una “Cenerentola” della giustizia costituzionale sui diritti, ha sviluppato, a partire dall'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), una straordinaria apertura ai soggetti intervenienti, che rendono ad oggi quella francese una delle più interessanti esperienze, specialmente riguardo alla partecipazione al processo costituzionale di portatori di interessi diffusi<sup>52</sup>.

Quanto alle corti sovranazionali, la loro attitudine riveste uno speciale interesse perché il loro esempio è suscettibile di influire sulle giurisdizioni degli Stati membri, che potrebbero trovare problematico essere “scavalcate”, attraverso la partecipazione al giudizio sovranazionale di soggetti che sono invece esclusi dal giudizio costituzionale domestico.

Questa questione non si pone per la Corte di giustizia dell'Unione Europea, in quanto in sede di rinvio pregiudiziale possono intervenire di fronte alla Corte soltanto i soggetti del giudizio principale, con la conseguenza che la qualificazione dei terzi intervenienti dipende dai sistemi nazionali: questa differenziazione e le strettoie dell'intervento di fronte alla Corte di Lussemburgo sono state criticate da molte ONG, specialmente dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, ma non sembrano in via di evoluzione<sup>53</sup>. Diversa è la situazione nelle azioni dirette, dove soggetti terzi possono intervenire, sia pure solo per supportare le conclusioni di una delle parti, e dove si è sviluppata una significativa prassi, specie riguardo alla facoltà di intervento delle associazioni<sup>54</sup>.

Quanto alla Corte EDU, dopo aver ammesso un primo intervento nel 1981<sup>55</sup>, essa ha modificato, nel 1982, le regole di procedura e a partire da quel momento ha frequentemente ammesso *amici curiae*. Attualmente, l'art. 36.2 della CEDU e il regolamento di procedura della Corte<sup>56</sup> si riferiscono alla possibilità di intervento (oltre che di ogni Stato che non sia parte interessata) di “ogni altra persona interessata”: una espressione che la Corte ha interpretato in modo ampio, includendovi ONG e organizzazioni intergovernative, che ormai partecipano frequentemente ai giudizi di Strasburgo.

Ancor più “aperta” è la Corte IDH, che ammise la partecipazione di *amici curiae* nel suo primo parere consultivo, nel 1982<sup>57</sup>. Lo stesso è avvenuto nella competenza contenziosa, fin da uno dei

<sup>51</sup> Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, art. 87, parr. 1 e 2.

<sup>52</sup> A. M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, cit., 160 ss.

<sup>53</sup> Così gli articoli 23 e 23bis dello Statuto della Corte. V. S. CARRERA, B. PETKOVA, *The potential of civil society and human rights organizations through third-party interventions before the European Courts: the EU's area of freedom, security and justice*, in M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR (eds), *Judicial Activism and the European Court of Justice*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, 233 ss.

<sup>54</sup> Così l'articolo 40 dello Statuto della Corte. Nella sua giurisprudenza sul « diritto di intervento delle associazioni rappresentative » (è la formulazione adottata a partire dall'[ordinanza del 17 giugno 1997, nel caso \*British Coal \(National Power et PowerGen\)\*, n° C-151/97](#)), la Corte di giustizia, per dichiarare ammissibile l'intervento di un'associazione, verifica che siano soddisfatte tre condizioni : a) che l'associazione sia sufficientemente rappresentativa; b) che abbia per scopo sociale la rappresentanza degli interessi dei suoi membri; c) che questi ultimi siano toccati dalla questione generale sollevata dal ricorso. Attraverso questa giurisprudenza, la Corte avrebbe cercato di supplire alla mancanza di un ricorso diretto da parte delle associazioni esponenziali di interessi collettivi: O. DE SCHUTTER, *Le tiers à l'instance devant la Cour de Justice de l'Union européenne*, in H. RUIZ FABRI, J.-M. SOREL (eds), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, p. 97 ss.

<sup>55</sup> In *Young, James and Webster vs. United Kingdom* del 1981, riguardante un caso di licenziamento di impiegati delle ferrovie inglesi motivato dal loro rifiuto di diventare membri di uno dei tre sindacati autorizzati, la Corte accettò per la prima volta la memoria presentata da una ONG, il Trade Union Congress (TUC).

<sup>56</sup> L'art. 36 (rubricato “Intervento di terzi”), al comma 2, prevede che “Nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia, il presidente della Corte può invitare ogni Alta Parte contraente che non sia parte in causa od ogni persona interessata diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze”. L'art. 44, comma 3, lett. a) del regolamento di procedura, che è stato emendato per l'ultima volta il 19 settembre 2016, corregge in parte tale previsione, stabilendo non solo che il presidente può “invitare”, ma anche “autorizzare” qualsiasi persona interessata diversa dal ricorrente a presentare osservazioni scritte o, “in circostanze eccezionali”, a partecipare all'udienza. La lettera b) del medesimo comma disciplina le richieste di autorizzazione.

<sup>57</sup> Oggi, ai sensi dell'art. 73, par. 3, del regolamento di procedura, il Presidente della Corte può invitare o autorizzare ogni parte interessata a presentare memorie scritte sulle questioni sottoposte in sede consultiva.

primi casi, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*<sup>58</sup>. Tale prassi è oggi codificata nel regolamento, secondo il quale l'*amicus curiae* è « la persona o l'istituzione estranea al caso e al giudizio che presenta alla Corte *razonamientos* sui fatti del caso o formula *consideraciones jurídicas* sulla materia del giudizio, attraverso il deposito di una memoria o direttamente in udienza »<sup>59</sup>. La Corte ha accettato memorie provenienti dai soggetti più vari e anche da enti aventi la loro sede legale al di fuori degli Stati membri della Convenzione americana, con la conseguenza di un significativo sovraffollamento e un notevole carico di lavoro, anche tenuto conto della lunghezza di molti *briefs*<sup>60</sup>.

Un aspetto significativo, nella prospettiva comparata, è il rapporto tra la partecipazione dei terzi e lo *standing* o, se vogliamo utilizzare una terminologia più adatta ai sistemi accentrati di *civil law*, le vie di accesso al giudizio costituzionale<sup>61</sup>.

In linea generale, sembra che gli ordinamenti nei quali le possibilità di accesso al giudizio sono più ampie siano anche quelli nei quali gli spazi per la partecipazione al processo, comunque instaurato, di soggetti terzi, sono maggiori: tra gli ordinamenti di *common law* possiamo ad esempio citare il Canada, il Sudafrica, Israele.

Questa corrispondenza inoltre, caratterizza i sistemi di giustizia costituzionale “misti” dell'America latina, nei quali la pletora delle vie di accesso trova piena corrispondenza nell'apertura dei processi costituzionali agli interventi esterni<sup>62</sup>.

Più complicato è il quadro europeo, dove sistemi di giustizia costituzionale connotati da una significativa ampiezza delle vie di accesso, come quello tedesco, spagnolo o portoghese, non presentano invece un'analogia apertura in termini di partecipazione al giudizio.

Esistono poi paesi nei quali l'apertura agli interventi sembra voler compensare le strettoie delle vie di accesso: l'esempio più noto, nell'ambito degli ordinamenti di *common law* è quello degli Stati Uniti, dove la severità dello *standing* è appunto recuperata attraverso l'ampio spazio per gli *amici curiae*<sup>63</sup>. In Europa, questo sembra essere il caso della Francia, ove le vie di accesso restano, nonostante la svolta rappresentata dalla QPC, alquanto strette, tenuto conto anche del doppio filtro, ma, come si è detto, il *Conseil* ha mostrato una notevole apertura agli interventi, soprattutto di associazioni e soggetti esponenziali della società civile.

#### 4.2. Le modalità: discrezionalità delle corti e apertura “selettiva”

Se dalle tendenze generali ci spostiamo a osservare in maniera più dettagliata le forme e le procedure dell'intervento di soggetti che non sono parti del giudizio, scopriamo un panorama estremamente variegato, esattamente all'altezza della varietà e della complessità che hanno assunto i

<sup>58</sup> Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988.

<sup>59</sup> Vedi la definizione contenuta nell'art. 2.3 del Regolamento del 2009, di cui si riporta il testo spagnolo “la expresión ‘*amicus curiae*’ significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte *razonamientos* en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula *consideraciones jurídicas* sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”. La procedura per l'intervento dell'*amicus* in sede contenziosa è disciplinata dall'art. 44 del Regolamento.

<sup>60</sup> Per una aggiornata analisi della normativa e della prassi di fronte alla Corte IDH e agli altri tribunali internazionali, v. A. WILK, *Amicus Curiae Before International Courts and Tribunals*, Oxford, Hart Publishing, 2018.

<sup>61</sup> Vedi T. GROPPi, *Titularidad y legitimación ante la jurisdicción constitucional. Una perspectiva comparada*, in E. FERRER MAC-GREGOR, A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA (eds), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años de investigación*, México, UNAM, Imdpc, Marcial Pons, 2008, tomo 3, 227-255. La correlazione tra i due aspetti è messa in luce in particolare dalla dottrina che parla di “accesso esterno” in riferimento alle vie di accesso, e di “accesso interno” in riferimento all'intervento: A. RUGGERI, *Note minime in materia di “accesso” ai giudizi di costituzionalità (dal punto di vista del rapporto tra Costituzione e politica ed avuto particolare riguardo all'oggetto ed agli effetti delle decisioni della Corte)*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI, *Prospettive di accesso alla Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 644.

<sup>62</sup> Sulle esperienze dell'America latina v. riassuntivamente V. BAZÀN, *Amicus curiae*, cit., 3 ss.

<sup>63</sup> Questo aspetto è messo in luce da P. BIANCHI, *Il contraddittorio davanti alla Corte suprema degli Stati Uniti*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, cit., 324.

sistemi di giustizia costituzionale: a fronte di una simile “*panoplie*” (per riprendere una espressione cara a Louis Favoreu), non è possibile procedere né a modellizzazioni, né alla sistemazione delle diverse esperienze secondo un *continuum* lungo l’asse aperto/chiuso.

Cercherò qui di riassumere qualche considerazione intorno ad alcuni punti-chiave, sulla base delle norme di procedura dei diversi ordinamenti<sup>64</sup>, con l’avvertenza che la maggior parte di esse si riferisce piuttosto alla figura che nella mia definizione iniziale ho ricondotto a quella dell’*amicus curiae*.

#### a) *Soggetti e interesse*

Per quanto riguarda i soggetti che possono intervenire, possiamo individuare diverse attitudini.

Abbiamo innanzitutto alcune previsioni molto ampie, che non pongono alcun requisito.

L’esempio più estremo è quello della *acción de inconstitucionalidad* colombiana, nell’ambito della quale qualsiasi cittadino può depositare una memoria: tale previsione è stata interpretata nel senso di includere soggetti stranieri e organizzazioni internazionali. Anche il regolamento della Corte IDH si riferisce, genericamente, a “una persona o istituzione estranea al giudizio”<sup>65</sup>.

Ci sono poi i casi in cui si richiede un qualche interesse. Così nel sistema della Corte EDU, che si riferisce a “ogni altra persona interessata diversa dal ricorrente”, e ove, comunque, la nozione di persona è stata interpretata in senso ampio. Anche in Sudafrica la normativa parla di “qualsiasi individuo interessato a qualunque questione davanti alla Corte”. Rientra qui anche la Francia, ove possono intervenire nella QPC i soggetti che giustifichino un interesse speciale, intesi nella giurisprudenza non solo come destinatari specifici della norma censurata o parti di altri giudizi che hanno chiesto fosse sollevata analoga QPC che però non è stata trasmessa, ma anche enti esponenziali di gruppi che hanno come fine statutario la difesa dei diritti in questione.

In alcuni ordinamenti è previsto sia l’intervento, rispetto al quale occorre dimostrare un interesse qualificato, sia l’*amicus curiae*, svincolato invece dal requisito dell’interesse. Così negli Stati Uniti, dove la Rule 24 delle Federal Rules of Civil Procedure prevede interventi *ad adiuvandum* rispetto alle parti, mentre l’*amicus curiae* è disciplinato dalla Rule 37 del regolamento della Corte suprema. In Canada, è riconosciuta la possibilità di intervento ai soggetti interessati (così la Section 55 del regolamento della Corte suprema), nozione che è applicata con una certa ampiezza, dato che circa il 90% delle richieste è accolta, mentre un *amicus curiae* può essere nominato dalla Corte se lo reputa necessario, ad esempio quando ritiene che una parte non sia adeguatamente rappresentata (così la Section 92)<sup>66</sup>.

In pochi ordinamenti si richiede, invece, sempre e in ogni caso, un interesse specifico: è il caso del Belgio, nel rinvio pregiudiziale, ove occorre che la norma impugnata abbia un effetto diretto sulla situazione giuridica del soggetto.

Infine, ci sono ordinamenti nei quali viene fatto riferimento all’*expertise* del soggetto che chiede di intervenire, come in Argentina (dove possono intervenire soggetti diversi dalle parti che abbiano una competenza riconosciuta sulla questione oggetto del giudizio) o in Kenya (dove può intervenire, come *amicus curiae*, con il consenso della Corte, una organizzazione o un individuo dotato di particolari conoscenze).

<sup>64</sup> In questa parte, per ragioni di sintesi, non sarà fatto di norma riferimento a specifiche disposizioni. Per maggiori dettagli, rinvio alle fonti e agli autori citati nel paragrafo precedente.

<sup>65</sup> Nessun interesse è richiesto per interventi di *amici curiae* nemmeno in Messico: v. Acuerdo General n. 2/2008 SCJN e Jurisprudencia 8/2018 del TEPJF. Per la SCJN occorre che si tratti di “asuntos cuyo tema se estime relevante, de interés jurídico o de importancia nacional” e “en todo caso se dará prioridad a quienes ostenten una representación colectiva”. Per il TEPJF, si richiede che “a) sea presentado antes de la resolución del asunto, b) por una persona ajena al proceso, que no tenga el carácter de parte en el litigio, y que c) tenga únicamente la finalidad o intención de aumentar el conocimiento del juzgador mediante razonamientos o información científica y jurídica (nacional e internacional) pertinente para resolver la cuestión planteada. Finalmente, aunque su contenido no es vinculante para la autoridad jurisdiccional, lo relevante es escuchar una opinión sobre aspectos de interés dentro del procedimiento y de trascendencia en la vida política y jurídica del país”.

<sup>66</sup> Sulla prassi nei due ordinamenti, v. A. MAAMOURI, *L’amicus curiae et la motivation des décisions des cours suprêmes américaine et canadienne*, in F. HOURQUEBIE, M.-C. PONTHEUREAU (eds), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 117 ss.



b) *Procedura di intervento*

La richiesta di intervento consiste sempre in una memoria scritta, indirizzata alla Corte, che deve sopravvenire entro un certo termine rispetto all'atto introduttivo o alla data prevista per la decisione, tranne nel caso in cui possa essere presentata direttamente in udienza (come di fronte alla Corte IDH).

Va segnalato che in diversi ordinamenti l'intervento di soggetti esterni è possibile solo a seguito di un esplicito invito della Corte, come avviene in Germania o Perù, dove possono essere invitati degli esperti: in tal caso l'istituto, pur rispondendo all'origine storica dell'*amicus curiae*, si colloca alla frontiera con i poteri istruttori. Oppure possono sussistere entrambe le vie, d'ufficio o su domanda (come, ad es., in Belgio, negli Stati Uniti, di fronte alla Corte EDU, in Argentina e in Kenya). In Canada i soggetti invitati acquisiscono la qualifica di *amici curiae*, mentre quelli che intervengono a seguito di richiesta sono definiti *interveners*.

c) *Requisiti delle memorie*

Quanto alle memorie sottoposte dai soggetti esterni, in alcuni casi sono indicati requisiti la cui assenza potrebbe portare alla inammissibilità.

Davanti alla Corte EDU, la richiesta di autorizzazione deve essere "debitamente motivata" (*duly reasoned*), ma non si dice niente di preciso sul contributo argomentativo. A volte, è previsto che gli *amici curiae* debbano portare argomentazioni nuove rispetto a quelle delle parti, o comunque "argomenti di rilievo non ancora sottoposti all'attenzione della Corte" (come negli Stati Uniti). In Belgio, nel *recours en annulation*, tale criterio è stato sviluppato in via giurisprudenziale. In Canada, la richiesta di intervento deve mostrare perché può essere utile alla Corte e deve contenere elementi diversi da quelli già sottoposti dalle parti. In Sudafrica, le memorie non debbono ripetere alcuna questione esposta dalle parti e devono contenere nuovi argomenti che potrebbero essere utili alla Corte.

Negli Stati Uniti, anche le memorie degli *amici curiae*, così come tutti gli atti del processo, sono regolate in ogni dettaglio, compresa la lunghezza. È chiesto inoltre agli *amici* di indicare una serie di dati sui rapporti con le parti e sugli aspetti finanziari. Nessuna previsione normativa esiste di fronte alla Corte EDU, ma nella prassi di solito il presidente pone limiti di lunghezza. L'assenza di limiti alla lunghezza delle memorie è invece uno dei problemi coi quali si deve confrontare la Corte IDH.

d) *Chi decide sull'ammissibilità dell'intervento*

La decisione sull'ammissibilità dell'intervento può essere affidata al collegio (come in Francia, Belgio, Messico), oppure può spettare al presidente. Così di fronte alla Corte EDU tutta la procedura è gestita dal presidente della Camera, che decide non solo sull'ammissibilità degli interventi, ma seleziona anche gli argomenti da far eventualmente illustrare nell'udienza. Lo stesso per la Corte IDH, dove il presidente, sentita la commissione permanente, può non ammettere le richieste se "le considera manifestamente inammissibili". Anche in Sudafrica la decisione è del *Chief Justice*, mentre in Canada sull'ammissibilità si pronuncia "un giudice".

In alcuni casi per l'ammissibilità degli interventi occorre il consenso delle parti (Stati Uniti, Sudafrica), ma l'assenza può comunque sempre essere superata con l'accordo del presidente. Peraltro, in Sudafrica, anche se c'è l'accordo delle parti, resta fermo in ogni caso il filtro di ammissibilità del presidente.

e) *Rapporto tra richiesta di intervento e fasi successive del giudizio*

Un elemento che si rinviene in diversi ordinamenti è l'articolazione dell'intervento in due fasi: quella della richiesta, con successivo esame dell'ammissibilità e quella del deposito delle memorie, una volta superato il primo vaglio. Ciò avviene, per esempio, di fronte alla Corte EDU, alla Corte suprema del Canada, alla Corte costituzionale del Sudafrica.

In tali casi, nell'atto di intervento il soggetto dovrà limitarsi a descrivere brevemente l'interesse nel procedimento (Canada, Corte EDU). In Sudafrica, si chiede altresì di indicare sinteticamente la

posizione che verrà adottata nel procedimento e di esporre le argomentazioni che verranno avanzate, con l'indicazione dei motivi per ritenere che saranno utili alla corte e degli aspetti che li distinguono da quelli delle parti.

In altri ordinamenti, invece, non è prevista questa doppia fase, per cui già nel momento dell'intervento deve essere sottoposto l'intero *brief*, comprensivo delle motivazioni sull'ammissibilità e delle considerazioni sul merito della questione (Francia, Stati Uniti, Corte IDH), al punto che, come accade in Francia, la presentazione di un "intervento in bianco" è inammissibile<sup>67</sup>.

Solitamente, le decisioni sull'ammissibilità degli interventi non sono motivate. Sembra altresì prevalente la tendenza a non dare notizia delle richieste di intervento respinte, mentre quelle dichiarate ammissibili e le relative memorie sono menzionate nella sentenza che definisce il giudizio, indipendentemente dal fatto che le argomentazioni presentate siano citate nella motivazione.

#### f) *Quali diritti assumono i soggetti esterni nel contraddittorio?*

Normalmente, i soggetti che chiedono di intervenire non hanno accesso agli atti del processo, almeno nella fase dell'ammissibilità dell'intervento. In molti casi, essi non vi hanno accesso nemmeno in un momento successivo: a tale proposito in Belgio, nel rinvio pregiudiziale, si parla di "intervento cieco", perché avviene senza che i soggetti che richiedono di intervenire possano prendere visione delle memorie delle parti.

Oltre alla possibilità di depositare memorie sul merito del giudizio, in alcuni casi i soggetti terzi possono anche partecipare all'udienza pubblica, benché ciò sia circoscritto a motivi straordinari (come negli Stati Uniti), e comunque tale facoltà sia soggetta a una valutazione discrezionale del presidente (così di fronte alla Corte EDU). In Messico, l'intervento degli *amici curiae* dà luogo a una vera e propria audizione davanti alla Corte suprema, che ne ha minuziosamente regolato la procedura, mentre la presentazione di memorie scritte assume carattere eventuale<sup>68</sup>.

In estrema sintesi, risalta l'ampia discrezionalità nella valutazione dell'ammissibilità degli interventi: in nessun caso l'interesse che può muovere l'intervento è normativamente prefissato in dettaglio; i provvedimenti con cui si ammette o non si ammette l'intervento non devono essere motivati; spesso sono adottati dal solo presidente e non dal collegio; solitamente non si dà nemmeno notizia pubblica delle richieste dichiarate inammissibili.

Peraltro, la prassi degli ordinamenti che ammettono interventi esterni si è orientata verso una generale apertura, compensata dal limitato ruolo processuale dei soggetti intervenienti, che si risolve nel più dei casi nella facoltà di depositare memorie, che vengono portate a conoscenza, oltre che dei giudici, delle parti costituite, mentre assai più rara è la loro partecipazione all'udienza pubblica.

### 4.3. *Il contributo "reale" dei soggetti esterni*

Infine, per completare questa sia pur rapida panoramica, dovremmo cercare di precisare qual è il reale contributo dei soggetti esterni, una volta che sono ammessi ad intervenire.

La questione appare assai ardua in tutti gli ordinamenti.

Laddove, come accade nell'esperienza italiana e in molte giurisdizioni di *civil law*, è prassi corrente, specie per le ONG, di fronte alle vie strette per gli interventi formalizzati, sottoporre alle Corti memorie, pur sapendo che il loro intervento non sarà ammesso, in modo da influenzare

---

<sup>67</sup> Si tratta di una delle rare eccezioni in cui si dà atto della ragione del rigetto di un intervento nella motivazione: n° 2013-322 QPC.

<sup>68</sup> Secondo il già citato Acuerdo General n. 2/2008, le audizioni saranno condotte dal Presidente e dai giudici che decidano di assistere, si svolgeranno nella mattina di venerdì e saranno trasmesse (come le udienze pubbliche) sul canale televisivo del potere giudiziario. Sono regolati tutti dettagli dello svolgimento delle audizioni (dal tempo di parola spettante ai soggetti auditi, 10 minuti, al numero di interventi di ogni giudice, tre). È prevista la possibilità di allegare il testo scritto dell'audizione e ogni altro documento reputato utile.

comunque, in maniera implicita, il giudice, è quasi impossibile esplorare l'ampiezza di questa attività e la sua influenza sulle decisioni<sup>69</sup>.

Ma la difficoltà di misurare in qualche modo il contributo dei soggetti esterni è stata messa in luce anche dagli studiosi che si sono avventurati su tale percorso negli ordinamenti di *common law*, nei quali il carattere discorsivo e dialogico della motivazione favorisce i riferimenti espliciti ai materiali esterni e, più in generale, la *disclosure* degli argomenti<sup>70</sup>.

Oltre ai più noti studi empirici sviluppati nel contesto statunitense, vorrei segnalare una pregevole tesi dottorale svolta presso l'Université Libre de Bruxelles, al cui *jury* ho avuto l'onore di partecipare, che ha tentato questa misurazione attraverso la lettura diretta di 544 *briefs* presentati da “*public interest litigants*” nell'ambito di 40 “*landmark cases*” in materia di trattamenti disumani e degradanti e di orientamento sessuale della Corte suprema degli Stati Uniti, della Corte EDU e della Corte costituzionale del Sudafrica<sup>71</sup>.

Si tratta di ordinamenti nei quali la presenza degli *amici curiae* è da tempo radicata, al punto da fare ormai parte degli elementi caratterizzanti il rispettivo sistema di garanzia dei diritti.

Basti pensare che negli Stati Uniti, nel periodo 1990-2001, è stato presentato almeno un *amicus brief* nel 90% dei giudizi di fronte alla Corte suprema. Nel 2012-2013, sono stati presentati 1001 *briefs* in 73 giudizi. Il caso che ha provocato il maggior numero di interventi nella storia della Corte è stato *Obergefell vs. Hodges*, sul *same-sex marriage*, dal quale siamo partiti nel prologo di questo articolo, nel quale, come si è detto, sono stati presentati ben 147 *amicus curiae briefs*<sup>72</sup>.

In sintesi, quel che emerge è il significativo contributo dato dagli *amici* alla evoluzione della giurisprudenza, specialmente attraverso l'apporto di materiali esterni, in termini di conoscenze extragiuridiche (sui c.d. “*legislative facts*”) e di elementi di diritto internazionale e comparato<sup>73</sup>. In particolare, è proprio intorno ai *legislative facts* che si sviluppa l'esperienza statunitense, a partire dal noto *Brandeis Brief* nel risalente caso *Muller vs. Oregon* (1908).

I rischi, evidenziati soprattutto in ambito statunitense, di una “cattura” della Corte da parte delle *lobbies* e quelli, che emergono nel contesto della Corte EDU, di un eccessivo carico di lavoro, sembrano mitigati attraverso la grande discrezionalità (*flexibility*) lasciata ai giudici su tutti gli aspetti relativi alla partecipazione dei soggetti esterni<sup>74</sup>.

### 5. Cosa vogliamo ottenere?

Di fronte a questa panoramica comparata, assai complessa, che ho cercato di delineare sia pur sinteticamente nelle sue tendenze di fondo, negli aspetti procedurali e nel rendimento dell'istituto, credo che la domanda chiave da porsi, volgendo lo sguardo al sistema italiano, debba riferirsi a due aspetti: *in primis*, il posizionamento attuale della Corte in termini comparati e, poi, quel che si intende ottenere attraverso una eventuale riforma relativa agli interventi esterni.

La premessa è, ovviamente, che tale materia rientri nella piena disponibilità della Corte costituzionale: sia in quanto non esistono al riguardo “obbligazioni internazionali” (penso alla CEDU,

<sup>69</sup> S. KOČEVAR, *Amici Curiae*, cit., 1663.

<sup>70</sup> Basti pensare che molte decisioni, in Canada o negli Stati Uniti, superano le 200 pagine: così A. MAAMOURI, *L'amicus curiae*, cit., 118.

<sup>71</sup> Così la tesi dottorale di L. VAN DEN EYNDE, *Interpreting Rights Collectively*, cit.

<sup>72</sup> L. VAN DEN EYNDE, *Interpreting Rights Collectively*, cit., 88.

<sup>73</sup> E. MAK, *Judicial Decision Making in a Globalised World*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 120 ss., basandosi sulle interviste ai giudici delle Corti Supreme di Regno Unito, Canada, Stati Uniti, e delle più alte corti in Francia e Paesi Bassi. Nello stesso senso, F. TIRIO, *Due ragioni per l'ingresso dei terzi davanti alla Corte costituzionale: il sapere extragiuridico e il diritto straniero ed internazionale*, in *Studi senesi*, 2009, 167 ss.

<sup>74</sup> L. VAN DEN EYNDE, *Interpreting Rights Collectively*, cit., 72.

che non incide su questo tema)<sup>75</sup>, sia in quanto possa essere oggetto di norme integrative (e non affronto questo aspetto, dandolo per scontato)<sup>76</sup>.

Circa il posizionamento nel panorama comparato, risulta confermata l'impressione già da tempo messa in rilievo dalla dottrina: la Corte costituzionale si colloca sul versante delle "porte strette" rispetto agli interventi esterni, peraltro in buona compagnia<sup>77</sup>. La sua posizione si avvicina, tra gli altri, a quella del Tribunale costituzionale austriaco, del Tribunale costituzionale spagnolo e di quello portoghese, rispetto ai quali mostra, anzi, qualche maggiore apertura, almeno limitatamente al giudizio incidentale.

Infatti, come è noto, la Corte ritiene ammissibili, basandosi sul diritto di difesa di cui all'art. 24 della Costituzione, gli interventi dei terzi "titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio".

Al contrario, restano del tutto esclusi gli interventi assimilabili alla figura degli *amici curiae*, ovvero di soggetti che non vantino un simile interesse qualificato.

Il giudizio principale, poi, si presenta chiuso a qualsiasi forma di intervento esterno.

Nonostante questa attitudine, di fatto la Corte continua a ricevere richieste di intervento e memorie da parte di soggetti che hanno un generico interesse al giudizio costituzionale, che riescono comunque, sia pure in modo informale, a raggiungere gli assistenti di studio e i giudici, contribuendo, informalmente appunto, alla compilazione della ricerca e alla decisione<sup>78</sup>.

Di fronte a questa situazione di partenza, volendo delineare qualche proposta di modifica, è indispensabile sapere che cosa si intende ottenere. Come sembra emergere infatti da uno sguardo anche superficiale al diritto comparato, esistono molteplici soluzioni procedurali, che possono contribuire ad orientare l'apertura del processo costituzionale verso diverse direzioni.

Non è mio compito in questa lavoro soffermarmi eccessivamente su tale questione, che è senza dubbio ben presente ai componenti della Corte costituzionale ed è stata ampiamente indagata dalla dottrina italiana.

Mi limito ad elencare una serie di punti, anche qui in ordine sparso, che però non possono essere ignorati.

Cosa si vuole ottenere con una, diciamo genericamente così, "maggiore apertura"? Più trasparenza? Più partecipazione? Più informazioni?

Si pensa all'intervento come strumento per rivitalizzare il giudizio incidentale, che rischia di avvizzirsi, stretto com'è tra interpretazione conforme dei giudici comuni e corti sovranazionali? Come strumento per consentire di dispiegare pienamente il contraddittorio nel giudizio principale, che sempre più spesso diventa un giudizio sui diritti? Si vuole implementare il carattere deliberativo del processo decisionale? Si vogliono includere più argomenti nella decisione, ovvero sviluppare una "more holistic decision"? Si vuole ovviare all'assenza del ricorso individuale diretto? Si vuole trasmettere l'immagine di una corte accessibile, trasparente, vicina ai bisogni della gente? Si vogliono acquisire informazioni senza utilizzare i poteri istruttori? Si intende riequilibrare la posizione "maggioritaria" introdotta dal governo, dando voce alle minoranze? E, ancora: a quali soggetti si sta pensando? Alle associazioni che hanno come scopo la difesa dei diritti? Agli esperti?

Ma non solo: occorre la consapevolezza del quadro sistemico, ovvero delle vie di accesso esistenti (in particolare le strettoie del nostro giudizio di costituzionalità); nonché dell'apertura-chiusura dei

---

<sup>75</sup> Come si è già accennato *supra*.

<sup>76</sup> Su questo tema, A.M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, cit., 372 ss.

<sup>77</sup> Nel senso che questa attitudine della Corte costituzionale italiana è "not as uncommon, and perhaps not as problematic", M. DE VISSER, *Procedural Rules and the Cultivation of Well-Informed and Responsive Constitutional Judiciaries*, cit., 7. L'autrice aggiunge anche che "At least in continental Europe, there is no trend of constitutional courts formally being receptive to *amicus curiae* briefs when verifying the validity of legislation... As such, the ICC might even be somewhat of an outlier in having a self-authored procedural rule that at least on its face provides a legal basis for accepting *amicus curiae* briefs. Such briefs are more typically associated with systems in which the Supreme Court ultimately settles constitutional disputes".

<sup>78</sup> M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1/2017, 11.

giudizi *a quo* (considerando che in tal modo molti soggetti, ad esempio i portatori di interessi diffusi, possono comunque avere un accesso al giudizio costituzionale, acquisendo la piena qualifica di parti). Vanno altresì valutate le alternative disponibili: ovvero la possibilità per la Corte di invitare direttamente i soggetti che dispongono di informazioni utili alla decisione, attraverso un rinnovato ricorso ai poteri istruttori, magari nella forma di audizioni<sup>79</sup>, nonché il ruolo che la dottrina stessa può svolgere come *amica curiae*<sup>80</sup>.

In particolare, non ritengo che possa costituire una risposta alle attuali esigenze un rinnovato utilizzo dei poteri istruttori. I due strumenti sono indubbiamente assai prossimi, come mostra l'esperienza di molti ordinamenti, ma la questione irrisolta oggi in Italia riguarda più la eventuale collaborazione volontaria, "bottom-up", da parte dei soggetti esterni, che il diverso utilizzo di uno strumento che sicuramente ha una sua utilità, ma si colloca nella logica "top-down" o, se vogliamo, inquisitoria<sup>81</sup>.

Al riguardo, non si può non segnalare che l'intervento di soggetti esterni non ha unicamente una valenza argomentativo-collaborativa, ma anche partecipativo-rappresentativa<sup>82</sup>. In particolare, nell'ambito dello Stato democratico pluralista, ciò che più occorre è dare voce ai senza voce, cioè ai soggetti che non sono stati adeguatamente coinvolti nel procedimento legislativo, o che comunque si trovano ai margini del dibattito e delle scelte pubbliche.

Insomma, la direzione verso cui muoversi nell'ipotesi di una eventuale riforma delle Norme integrative dipende dal tipo di Corte costituzionale che si vuole ottenere (o mantenere), tenendo altresì presente che qualsiasi modifica della disciplina sulla partecipazione al giudizio ha un impatto non soltanto sulla Corte, ma su tutto l'ordinamento. Basti pensare all'incoraggiamento che ne può ricevere la *strategic litigation*, o al potenziale cambiamento della percezione del ruolo della Corte da parte dell'opinione pubblica.

Da qui discende anche l'uso, se così si può dire, delle esperienze comparate. Soltanto considerando con cura tutti questi aspetti è possibile cercare di scegliere le soluzioni più adeguate alla situazione italiana.

---

<sup>79</sup> Suggestiscono questa via, ritenendo che il vero problema sia un adeguato utilizzo dei poteri istruttori, mentre sarebbe inutile la figura dell'*amicus curiae*, F. CAPORILLI, P.P. SABATELLI, G.M. SBRANA, *Il contraddittorio nei giudizi in via incidentale e principale*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, G. FAMIGLIETTI, E. MALFATTI (a cura di), *Le Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, Giappichelli, 2002, 106; G. COINU, A. DEFFENU, *Altri aspetti procedurali*, *ivi*, specialmente 236 ss.; F. Benelli, *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune*, cit., 152.

<sup>80</sup> Su questo tema, v. D. TEGA, *La dottrina come amica curiae. L'esperienza della Corte costituzionale italiana*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina. Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 105. Sui seminari ferraresi dal nome significativo di "*amicus curiae*", finalizzati ad influenzare decisioni imminenti della Corte v. A.M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, cit., 365. S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 174, accosta i seminari preventivi alla figura assunta negli Stati Uniti dall'*amicus curiae*.

<sup>81</sup> Non posso pertanto che ribadire quanto avevo scritto venti anni fa: "Naturalmente, se si sostenesse che la finalità primaria di un contraddittorio "aperto" è quella di fornire informazioni alla Corte, si potrebbe allora facilmente rispondere che la Corte dispone di ampi poteri istruttori, per cui sotto questo punto di vista la chiusura del contraddittorio non creerebbe particolari problemi. La questione dell'apertura del contraddittorio va invece ben oltre, implicando da un lato la tematica della tutela di posizioni giuridiche soggettive qualificate, dall'altro la rappresentazione degli interessi sostanziali sottesi al giudizio: in definitiva, il tentativo di "aggirarla", auspicando un più largo e frequente uso dei poteri istruttori, sembra costituire una semplificazione eccessiva": così T. GROPPI, *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, cit., 169.

<sup>82</sup> Nel senso che le presenze nel processo si dislocano secondo un ideale triangolo, che vede da un lato rappresentato il punto di vista della società (dalla parte e eventualmente dagli intervenienti), da un lato quello dell'indirizzo politico (dal governo) e infine quello dell'ordinamento (dal giudice *a quo* con l'ordinanza di rimessione), per cui il punto di vista della società e quello dell'indirizzo politico sono "tendenzialmente dialettici", A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 272.

## 6. Come? Il doppio binario

Se l'apertura del processo costituzionale a soggetti esterni si colloca, nel nostro ordinamento e in questa epoca, al crocevia tra le esigenze del pluralismo e quelle dell'argomentazione (senza ignorare il buon funzionamento della giustizia costituzionale), la soluzione preferibile sembra il "doppio binario", già da tempo proposto dalla dottrina italiana e recentemente ripreso nel libro di Anna Lecis<sup>83</sup>: ovvero una procedura che distingua l' "intervento dei terzi" in senso stretto, collegato al diritto di difesa, dal contributo argomentativo-collaborativo-partecipativo che caratterizza l'*amicus curiae*.

a) Riguardo all' "intervento dei terzi" in senso stretto, ovvero alla partecipazione al processo di soggetti che vantino interessi meritevoli di tutela, sono sul tappeto due questioni: la prevedibilità della decisione e gli aspetti procedurali.

Circa la prima, una via potrebbe essere quella di codificare la giurisprudenza che, oggi, si riferisce ai "terzi titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio" (così, ad es., [sentenza n. 194/2018](#)). Tale giurisprudenza richiama, infatti, l'art. 4, comma 3, N.I., ma si tratta di una norma che, allo stato, non contiene alcun criterio sull'ammissibilità dell'intervento<sup>84</sup>. In tal modo si potrebbe mantenere un certo margine di duttilità e flessibilità, senza incorrere in categorie rigidamente predeterminate, ma al tempo stesso delimitare i soggetti, sancendo normativamente il criterio dell'interesse<sup>85</sup>.

Inoltre, urge una disciplina processuale adeguata, che consenta alla Corte di esprimersi tempestivamente sulla richiesta di intervento: la prassi per la quale la decisione sull'ammissibilità è assunta insieme alla decisione sul merito genera non pochi problemi<sup>86</sup>, ben messi in evidenza dal [provvedimento del 21 novembre 2018](#). Tra l'altro, essa è all'origine di alcune anomalie, come il fatto che, nelle more della decisione sull'ammissibilità, le memorie depositate vengano comunque, sia pure informalmente, prese in considerazione e che, fino al citato provvedimento, si sia consentito a tali soggetti di prendere visione degli atti depositati in cancelleria.

L'eventualità di una procedura in due tempi – per cui la decisione sul merito sia preceduta da quella sull'ammissibilità dell'intervento, anch'essa collegiale, adottata in camera di consiglio con ordinanza numerata e pubblicata – è già prefigurata dal [provvedimento del 21 novembre 2018](#), almeno per il caso in cui il soggetto che ha richiesto di intervenire richieda di esaminare gli atti e ciò sia ritenuto possibile e opportuno dal Presidente<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> A. CONCARO, M. D'AMICO, *Proposte di modifica alle Norme integrative*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, G. FAMIGLIETTI, E. MALFATTI (a cura di), *Le Norme integrative*, cit., 454 ss., specialmente 460; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008, 226-227; A. M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, cit., 376 ss.

<sup>84</sup> Vedi, ad es., la [sentenza n. 194/2018](#): "l'intervento di soggetti estranei al giudizio principale è ammissibile, ai sensi dell'art. 4, comma 3, delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, soltanto per i terzi titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura".

<sup>85</sup> A. CONCARO, M. D'AMICO, *Proposte di modifica alle Norme integrative*, cit., 459-460, proponevano di considerare due categorie di soggetti: "chi, pur avendone titolo, non si era costituito nel giudizio *a quo* per una causa a lui non ascrivibile" e "chi, pur non avendo titolo per costituirsi nel processo *a quo*, sia titolare di un interesse sostanziale alla definizione della questione di costituzionalità, in quanto suscettibile di ricevere un pregiudizio dalla decisione stessa".

<sup>86</sup> Si veda la descrizione della procedura di intervento dal punto di vista di un avvocato, come descritta da G. FALCON, *La Corte costituzionale italiana ed i suoi utenti*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le corti costituzionali*, cit., 132 ss.

<sup>87</sup> Come è noto, allo stato la decisione sull'ammissibilità dell'intervento avviene congiuntamente alla decisione sul merito. Benché se ne dia sempre notizia nella pronuncia di merito, soltanto quando i difensori del soggetto che chiede di intervenire sono presenti all'udienza pubblica la Corte adotta una ordinanza dibattimentale, che viene pubblicata in calce alla decisione sul merito. Il provvedimento del [21 novembre 2018](#), invece, prefigura la possibilità di anticipare la decisione sull'ammissibilità dell'intervento, nel caso in cui il soggetto chieda di esaminare gli atti "prima della trattazione fissata per la decisione". "Tale richiesta va interpretata come istanza di trattazione anticipata e separata della sola questione concernente l'ammissibilità dell'intervento". In questo caso, si prevede che, ove sia possibile e "ove lo ritenga opportuno", il presidente convochi "un'apposita riunione della Corte in camera di consiglio al fine di decidere, con ordinanza, sulla indicata ammissibilità". Tale decisione sarà assunta in contraddittorio (che sarà limitato alla questione dell'ammissibilità

Seguendo tale impostazione, anche nell'ipotesi di sancire normativamente un doppio binario, la decisione sull'ammissibilità potrebbe restare collegiale ed essere assunta con ordinanza. Nella prospettiva di un esame dell'ammissibilità dell'intervento separato dalla decisione sul merito occorrerebbe altresì prevedere che, all'atto dell'intervento, il soggetto argomenti soltanto sulla sua ammissibilità, tenuto conto che soltanto su questa, nella prima fase, dovrebbe svilupparsi il contraddittorio con le parti.

Il terzo interveniente, una volta ammesso, dovrebbe restare, com'è oggi, "parificato alle parti", per lo meno alla stregua del Presidente del Consiglio dei ministri, con tutte le conseguenze che ne discendono, circa la presentazione delle memorie e la partecipazione all'udienza (resterebbe da definire la questione dell'obbligo di convocazione della Corte in udienza pubblica in presenza di un intervento ammesso, ma anche qui si potrebbe seguire l'impostazione relativa all'intervento del Presidente del Consiglio, a partire dalla [sentenza n. 230/1983](#)).

b) Per altri soggetti, che vantino "un mero, indiretto, e più generale, interesse" (per riprendere ancora la dizione della [sentenza n. 194/2018](#) e di altra recente giurisprudenza), si dovrebbe aprire un'altra via, più simile a quello che abbiamo qualificato come "*amicus curiae*": ovvero la possibilità di depositare una memoria senza con questo diventare parti del giudizio e senza avere accesso all'udienza pubblica<sup>88</sup>.

Ovviamente la disciplina di questo nuovo canale di partecipazione dovrebbe essere raccordata con quella sull'intervento, per consentire ai soggetti che non sono ammessi tramite il primo binario di essere eventualmente recuperati attraverso il secondo (la Corte potrebbe valutarlo direttamente nel momento in cui non ammette l'intervento, includendo nell'ordinanza una clausola del tipo "ferma restando la possibilità di depositare memorie ai sensi dell'articolo..."). Anche se, una volta stabilizzata la prassi, con l'eccezione dei pochi soggetti che potrebbero aspirare ad essere considerati "intervenienti in senso stretto", per gli altri risulterebbe più agevole utilizzare fin dall'inizio il secondo binario, come dimostrano le esperienze degli ordinamenti (quali Belgio, Canada, Stati Uniti) che prevedono le due vie.

Resta aperta la questione di come introdurre un qualche criterio di ammissibilità, lasciando allo stesso tempo ampia discrezionalità alla Corte<sup>89</sup>. Come è stato suggerito, una interessante fonte di ispirazione potrebbe essere costituita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale belga nel *recours en annulation*, che ha sviluppato criteri sul piano soggettivo e oggettivo<sup>90</sup>.

---

dell'intervento) e l'ordinanza sarà numerata e pubblicata. Se il soggetto che chiede di intervenire non presenta richiesta di esaminare gli atti, oppure non sia possibile o opportuno fissare la camera di consiglio, si continuerà a decidere sull'ammissibilità dell'intervento nel momento della decisione sul merito, con la possibilità per il soggetto di chiedere il rinvio della trattazione nel merito una volta ammesso all'intervento, per esaminare gli atti; rinvio che spetterà alla Corte valutare. Come si vede, si tratta di una procedura che potrebbe essere razionalizzata dall'ipotesi di modifica delle Norme integrative che si avanza nel testo.

<sup>88</sup> L'accesso all'udienza pubblica costituisce una questione assai complessa in quanto vengono a confrontarsi due diverse esigenze. Da un lato c'è quella di evitare l'appesantimento dell'udienza, che spinge nella direzione di non consentire la partecipazione ad essa agli *amici curiae*: così A. M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, cit., 386 ss. che ipotizza la possibilità che siano presentate osservazioni orali su invito della Corte, richiamando la procedura sviluppatasi nell'ambito del giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo. Dall'altro, però, non si può ignorare una necessità complessiva di ripensare, e anche di rivitalizzare, l'udienza pubblica, considerata da molti giudici (ed ex-giudici) costituzionali, oltre che dalla dottrina, uno dei punti deboli della Corte. In questo senso si veda S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, cit., 35, che definisce l'udienza pubblica come "un rito in cui nessuno crede". La diversità rispetto ad altri sistemi, come quello statunitense, richiamato nel prologo, è enorme.

<sup>89</sup> Non ritengo opportuno che gli interessi meritevoli di tutela siano definiti normativamente, in modo dettagliato, a differenza di quanto indicato in ultimo da A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 270. A. CONCARO, M. D'AMICO, *Proposte di modifica alle Norme integrative*, cit., 461, proponevano questa formulazione: "Possono depositare memorie anche enti e associazioni portatori di interessi generali, coinvolti nell'esito del giudizio di costituzionalità".

<sup>90</sup> A. M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, cit., 383.

Quanto al profilo soggettivo, a ritenere questo canale finalizzato soprattutto ad aprire la strada ai soggetti portatori di interessi collettivi, occorrerebbe valorizzare gli “scopi statutari” di enti e associazioni, nonché il loro carattere rappresentativo, sì da escludere singoli individui o imprese<sup>91</sup>.

Riguardo al profilo oggettivo, si potrebbe ipotizzare di inserire nella previsione normativa qualche requisito relativo alla memoria, circa la novità, pertinenza, rilevanza ecc., analogamente a quanto previsto in vari ordinamenti e sviluppato nella giurisprudenza belga<sup>92</sup>, anche questo rimesso a una valutazione discrezionale della Corte<sup>93</sup>.

La memoria di intervento, comprensiva sia degli argomenti sull’ammissibilità che sul merito, dovrebbe essere depositata entro un termine congruo, fissato sulla base della data dell’udienza o della camera di consiglio.

La decisione sull’ammissibilità della memoria potrebbe non essere adottata dalla Corte nella sua collegialità, ma dal presidente “su proposta del giudice relatore” (come attualmente previsto dall’art. 7, comma 2, N.I., sull’istruttoria), oppure “sentito il giudice relatore” (come previsto dall’art. 9, comma 2, N.I., sulla convocazione in camera di consiglio per la prognosi di manifesta infondatezza). In ogni caso, la partecipazione del giudice relatore e istruttore sottolineerebbe che tale forma di partecipazione attiene alla fase istruttoria. La decisione potrebbe essere assunta senza sentire le parti<sup>94</sup>, i cui diritti non sembrano posti a rischio da questo tipo di partecipazione “souple”.

Se ritenuta ammissibile, la memoria sarebbe messa a disposizione delle parti e degli altri giudici, entrando a comporre il fascicolo. Gli argomenti contenuti nella memoria dovrebbero essere oggetto di approfondimento da parte degli assistenti di studio nella ricerca e potrebbero essere espressamente menzionati, insieme alla loro fonte, nella decisione.

Il procedimento del “secondo binario” dovrebbe essere il più snello e meno formalizzato possibile, distinguendosi chiaramente da quello del “primo binario”, che invece dovrebbe acquisire, come si è detto, una maggiore formalizzazione.

Ci si potrebbe chiedere in che cosa questa soluzione si differenzi dall’attuale prassi “della tripla I” (*Informal, Implicit, Indirect*). Al riguardo, occorre considerare l’importanza dell’immagine che la Corte, come gli altri organi giurisdizionali, offre di sé. Introducendo una procedura formalizzata per il deposito delle memorie, si darebbe maggiore trasparenza a un’attività che oggi resta confinata nell’oscurità.

Come già evidenziato dalla dottrina<sup>95</sup>, tale duplice approccio potrebbe consentire alla Corte di avere una più completa rappresentazione dei punti di vista sul tappeto (e di acquisire informazioni

<sup>91</sup> Anche senza giungere a valutare l’effettività dell’attività del gruppo nel proteggere l’interesse in questione, come avviene in Belgio: A. M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, cit., 241 ss. V. altresì M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, 170 ss. In questa direzione sembra muoversi anche la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*: vedi la décision n° 2017-685 QPC du 12 janvier 2018, nella quale, al fine di valutare l’ammissibilità dell’intervento, il *Conseil* tiene conto « de l’objet social et de l’activité de l’association »: A. M. LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers*, cit., 385.

<sup>92</sup> Che peraltro ha messo a punto, da tempo, standards molto rigorosi, richiedendo non soltanto che le memorie siano chiare e non contraddittorie, ma anche che non contengano riferimenti alle memorie delle parti e che apportino informazioni o argomenti nuovi rispetto a quelli già presentati dalle parti: J. SAROT, P. VANDERNOOT, E. PEREMANS (avec la collab. de B. PATY), *Dix ans de jurisprudence de la Cour d’arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 111.

<sup>93</sup> Come è suggerito da M. DE VISSER, *Procedural Rules and the Cultivation of Well-Informed and Responsive Constitutional Judiciaries*, cit., 9: “The inclusion of relatively stringent admissibility criteria can perform an important signaling function in the sense of deterring would-be amicus curiae from sending in poorly drafted submissions or ones that merely repeat points already argued by the parties. This would clearly be a welcome corollary for the judges (in particular the reporting judge and her clerks), who would not need to waste time reading through briefs that would not add anything valuable to the court’s knowledge base”.

<sup>94</sup> Al contrario, M. DE VISSER *Procedural Rules and the Cultivation of Well-Informed and Responsive Constitutional Judiciaries*, cit., 9, suggerisce di prendere in considerazione, anche nella prospettiva italiana, quel che accade in altre corti, per cui “besides securing the court’s permission to submit unsolicited briefs, the parties to the case must typically also give their consent to the intervention in due recognition of their leading role in presenting the constitutional issue and their stake in its resolution”.

<sup>95</sup> A. CONCARO, M. D’AMICO *Proposte di modifica alle Norme integrative*, cit., 460; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 227.



utili), evitando al contempo la crescita del carico di lavoro e una eccessiva esposizione, che potrebbe in ultimo rivelarsi più dannosa, anche in termini di legittimazione, dell'odierna "chiusura"<sup>96</sup>.

### 7. Rilegittimarsi continuamente

Leopoldo Elia scriveva nel 2009: "Come tutte le grandi istituzioni, la Corte costituzionale italiana, che è stata forse il miglior prodotto della Costituzione del 1947, ha bisogno tuttavia di una continua rilegittimazione. Non può continuare a vivere di rendita sui cinquant'anni passati, che pure hanno prodotto un grande *acquis* giurisprudenziale. Occorre soddisfare il bisogno, che hanno tutti gli istituti delle democrazie moderne, di rilegittimarsi continuamente. Spero, anzi, sono sicuro, che la Corte italiana farà fronte a questo compito"<sup>97</sup>.

Come "rilegittimarsi continuamente"?

Credo che questa domanda non abbandoni mai i giudici costituzionali. Qui si colloca anche qualsiasi questione che riguardi il processo costituzionale: un processo *sui generis*, le cui regole, oltre a garantire i diritti delle parti, servono alla legittimazione della Corte.

Nel riflettere sull'eventuale apertura del processo ad interventi esterni, e sulle sue modalità, ci dobbiamo muovere tra queste coordinate, senza perdere di vista gli sviluppi e i mutamenti della democrazia costituzionale della quale la Corte è l'organo per eccellenza.

In particolare, di fronte alle crescenti tensioni che attraversano le società pluraliste in questa epoca, emerge con sempre maggiore forza la necessità di processi deliberativi, dove le decisioni si sviluppino nel confronto e nella relazione.

In questo quadro, diventa ancora più importante ribadire che "ci sono questioni su cui non si vota"<sup>98</sup>, non soltanto per sottolineare che sono sottratte alle maggioranze politiche, ma anche per indicare il processo deliberativo attraverso cui le relative decisioni debbono formarsi. Ed è nell'ambito di tali processi, dei quali le giurisdizioni costituzionali sono uno degli attori, che può collocarsi il contributo dei soggetti esterni.

Vorrei concludere con un ricordo personale, che molte volte mi è tornato alla mente nella preparazione di questo articolo.

Un freddo e umido giorno di gennaio sotto un cielo grigio, la città di Gerusalemme che si stende bianca sotto e intorno a noi, su e giù per le colline. Aharon Barak che mi porta ad una finestra del suo grande studio e mi dice: vedi da questo lato c'erano decine di migliaia di persone. Poi mi porta dall'altra parte della stanza, altra finestra, e mi dice: e qui altre decine di migliaia. E noi giudici, in mezzo, che dovevamo decidere...

In altri termini, l'apertura all'apporto dei soggetti esterni può arricchire il processo deliberativo della Corte costituzionale ma, in un contesto generale che tende alla polarizzazione, appaiono indispensabili accorgimenti che impediscano alla Corte di essere "catturata", e finanche travolta, da tali tendenze.

---

<sup>96</sup> Così M. DE VISSER, *Procedural Rules and the Cultivation of Well-Informed and Responsive Constitutional Judiciaries*, cit., 15, che, dopo aver rilevato che "Having looked at how the relevant rules are couched elsewhere, it would indeed seem apposite for the ICC to embark on a further update of its procedural framework to make it more prescriptive and detailed", aggiunge: "In the pursuit of openness, court reformers should aim for a calibrated approach that accommodates interpretative room for manoeuvre and recognizes that the judge very much remains a legal professional, primarily using formal legal reasoning and legal methodologies to ply her trade. A failure to do so would excessively hamstring constitutional adjudication and would, in the long run, carry greater risks for a court's statute than an enduring closeness in attitude".

<sup>97</sup> L. ELIA, *Intervento*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *Come decidono le corti costituzionali (e le altre corti)*, Milano, Giuffrè, 2009, 130.

<sup>98</sup> G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, Einaudi, 2005, specie 21 ss.

Carmela Salazar

Diritti e algoritmi: la *gig economy* e il “caso Foodora”, tra giudici e legislatore<sup>1</sup>

*La seconda rivoluzione industriale non si presenta come la prima con immagini schiaccianti quali presse di laminatoi o colate d'acciaio, ma come i bits d'un flusso d'informazione che corre sui circuiti sotto forma d'impulsi elettronici. Le macchine di ferro ci sono sempre, ma obbediscono ai bits senza peso.*

I. Calvino, *Lezioni americane*, Mondadori, Milano 2016, 12.

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive. - 2. Considerazioni sulla *gig economy*, alla luce del “principio lavorista”. - 3. Il “caso Foodora” dinanzi ai giudici torinesi (ovvero: della Costituzione “dimenticata”). - 4. Conclusioni (in attesa di un intervento legislativo “annunciato”).

## 1. Notazioni introduttive

La locuzione *gig economy*, o “economia dei lavoretti”, secondo la traduzione adottata dall'INPS nel 2018<sup>2</sup>, è ormai entrata nel linguaggio comune, ma di essa – almeno, al momento – non si dà un significato univoco<sup>3</sup>. La formula, a quanto pare, attinge allo *slang* dei jazzisti statunitensi nei primi decenni del secolo scorso, in cui *gig* – contrazione di *engagement* – indicava la prestazione occasionale per la quale i musicisti venivano scritturati senza molte formalità e con compensi esigui: si trattava di esibizioni ben lontane dal rigore accademico, per le quali non erano richieste particolari competenze, risultando necessaria piuttosto l'abilità nell'esecuzione di brani costruiti sull'improvvisazione<sup>4</sup>. Si comprende, allora, come mai questa espressione – dopo essere stata utilizzata da Hillary Clinton durante la propria campagna elettorale<sup>5</sup> – si sia diffusa per indicare l'emersione del lavoro *on-demand* svolto sulle – o attraverso le – piattaforme digitali operanti in *Internet* e facenti capo a società multinazionali, quale epifenomeno della crisi economico-finanziaria avviatasi tra il 2007 e il 2008<sup>6</sup>. Come è noto, anche in questo caso le prestazioni sono connotate da occasionalità, frammentarietà e precarietà, consistendo, in genere, in attività materiali di facile esecuzione, quali la guida di un veicolo – si pensi agli autisti di *Uber*<sup>7</sup> – o la consegna a domicilio di

<sup>1</sup> Testo rielaborato dell'intervento alle Giornate di studio, organizzate in occasione del settantesimo compleanno di Pasquale Costanzo, su *Giustizia costituzionale e tutela dei diritti nella società dell'informazione*, Genova 24-25 ottobre 2018.

<sup>2</sup> Cfr. INPS, *XVII Rapporto annuale*, 9, consultabile nel [sito telematico dell'I.N.P.S.](#)

<sup>3</sup> Le incertezze sulla escursione semantica della formula spiegano come mai, nel dibattito pubblico, essa venga talvolta accostata ad altre, come *on-demand economy*, *web economy* o *online platform economy* (cfr. F. DIANA, F. GREIG, A. HAMOUDI, *The Online Platform Economy in 2018: Drivers, Workers, Sellers and Lessors*, nel sito telematico di [JPMorgan Chase & Co.](#)), mentre talaltra venga ricondotta alla c. d. *sharing economy* (economia della collaborazione o della condivisione), che secondo l'[Oxford Dictionary](#), può definirsi come «An economic system in which assets or services are shared between private individuals, either for free or for a fee, typically by means of the Internet». Su quest'ultima, v. anche *infra*.

<sup>4</sup> P. MIGLIOCCO, *Che cos'è la gig economy?*, nella pagina web [La Stampa](#) del 28. 2. 2018.

<sup>5</sup> In tal senso, v. INPS, *XVII Rapporto*, [cit.](#), 90.

<sup>6</sup> Cfr. V. Di STEFANO, *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, *International Labour Office*, Geneva, 2016, consultabile nel [sito telematico dell'ILO](#); ID., *Introduction: Crowdsourcing, the Gig-Economy and the Law*, in [Comparative Labor Law & Policy Journal](#), 3/2016.

<sup>7</sup> La società *Uber*, multinazionale con sede a San Francisco, offre molteplici servizi, tra cui la condivisione delle auto (*UberPool*) e il trasporto non di linea: quest'ultimo viene effettuato sia da autisti professionali di auto di lusso (*UberBlack*), sia da non professionisti (*UberPop*). *Uber X* è invece una piattaforma che permette a coloro i quali svolgono il servizio di noleggio con conducente di mettersi in diretto contatto con gli utenti, mentre *Uber Taxi* permette di prenotare un taxi di zona, sostituendosi all'intermediazione via radio-taxi. Nel settore del *food delivery* è attivo anche *Uber-eat*.

cibo da parte di fattorini in bicicletta (*riders*), come accade nel mercato del *food delivery*, in cui operano società multinazionali quali *Foodora*, *Deliveroo* o *Glovo*<sup>8</sup>.

Ora, sempre più spesso e per i più vari motivi, soprattutto con riguardo alla mobilità, al tempo libero e alle relazioni sociali, l'uso delle piattaforme digitali è diventato quotidiano per milioni di persone e, proprio per questo, su di esse si concentra un ampio dibattito interdisciplinare<sup>9</sup>, che – incrociando quello a più ampio raggio sui diritti fondamentali «disvelati», «presi sul serio», «realizzati» ovvero «minacciati» dall'avvento della Rete<sup>10</sup> – mette in luce perplessità e dubbi di vario genere, specie in ordine alla circostanza che «le decisioni dei singoli vengono da un lato influenzate (attraverso la profilazione delle preferenze), dall'altro coordinate» dai soggetti privati che gestiscono tali strutture “virtuali”<sup>11</sup>.

La tematica non è affrontabile a tutto tondo in questa sede: ma si può rilevare come, tra le preoccupazioni suscitate dalla diffusione delle piattaforme, spicchino anche quelle nascenti dalla constatazione che, quando esse favoriscono l'incontro tra la domanda e l'offerta di prestazioni lavorative, *creano* un mercato del lavoro funzionante nel mondo dei *bit*, ma *parallelo e concorrente* a quello esistente nel mondo degli atomi<sup>12</sup>. Da qui il timore che per i *gig-workers*, pur se svolgenti prestazioni analoghe a quelle richieste sul mercato “ufficiale” regolato dalle norme previste negli ordinamenti nazionali di cui essi sono cittadini, «la rete di garanzie costruita attorno al “lavoro” tradizionale venga meno all'improvviso»<sup>13</sup>, con violazione del principio di uguaglianza, e – per quanto riguarda l'Italia – con il rischio di incisione sui diritti che la Carta repubblicana intesta ai lavoratori. Rischio che non riguarda soltanto le condizioni di lavoro – eloquenti i casi di incidenti stradali, talvolta mortali, in cui sono stati coinvolti i *riders*<sup>14</sup> – ma si manifesta anche con riferimento all'accesso e alle tutele previdenziali e ai diritti collettivi<sup>15</sup>. Peraltro, a differenza di altre discussioni nate intorno alla diffusione dell'automazione nell'universo del lavoro – fenomeno al quale comunemente ci si riferisce quando si discorre di “quarta rivoluzione industriale” o “di Industria

<sup>8</sup> Per notazioni di carattere generale, nella letteratura ormai imponente, v. R. ALOISI, *Il lavoro “a chiamata” e le piattaforme online della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in [Labor&LawIssues](#) 2/2016, 18 ss.; AA.VV., *Il servizio di trasporto dei passeggeri non di linea fornito attraverso applicazioni software. Materiali per una ricerca*, a cura di P. Passaglia, nel [sito telematico della Corte costituzionale](#), 2016; AA.VV., *La nuova grande trasformazione del lavoro. Lavoro futuro: analisi e proposte dei ricercatori Adapt*, a cura di E. Dagnino, F. Nespoli, F. Seghezzi, [e-book](#), Adapt University Press, 2017, spec. 159 ss.; AA.VV., *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, [Quad. Riv. giur. lav.](#), 2/2017; A. PERULLI, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in [Riv. giur. lav.](#), 1/2017, 195 ss.; O. POLLICINO, V. LUBELLO, *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, in [Giur. cost.](#) 1/2017, 443 ss.; T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavoratori della Gig economy*, in [Lav. dir.](#) 3-4/2017, 367 ss.; L. PETRILLO, C. HONORATI, *Diritti e libertà alla prova dell'economia della condivisione. Prime note di confronto tra Europa e America Latina*, in [Federalismi.it](#), 13/2018; S. VALERIO, P. BECCHIS, *Il servizio di Uber tra asset dormienti e valore digitale. Quale regolazione?*, in [Medialaws](#), 2/2018, 195 ss.

<sup>9</sup> Le tante questioni sollevate dalle piattaforme, infatti, «lie at the interface of different branches of the legal system, like consumer law, competition law, administrative law, labor law, data protection, etc.»: G. RESTA, *Digital platforms and the law: contested issues*, in [Medialaws](#), 1/2018, 231.

<sup>10</sup> Le citazioni sono tratte da P. COSTANZO, *I diritti nelle “maglie” della rete*, in AA.VV., *Diritto pubblico e diritto privato nella rete delle nuove tecnologie*, a cura di T. Checcoli, C. Murgo, N. Pignatelli, Giappichelli, Torino 2010, 5 ss. Più di recente, v. ID., *Il fattore tecnologico e il suo impatto sulle libertà fondamentali*, in AA.VV., *Diritti e libertà in Internet*, a cura di T. E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini, Mondadori, Milano 2017, 3 ss. spec. 11 ss.

<sup>11</sup> Così, V. ZENO ZENCOVICH, *Uber: modello economico e implicazioni giuridiche*, in [Medialaws](#), 2/2018, 140.

<sup>12</sup> In tal senso si esprime T. TREU, *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, in [WP CSDL “Massimo D’Antona”.IT – 371/2018](#), 35.

<sup>13</sup> La citazione è tratta da G. BRONZINI, *Reddito di base, lavoro, automazione: appunti per un nuovo garantismo sociale*, in [Basic Income Network Italia](#), 3.

<sup>14</sup> Cfr. M. DI FAZIO, *Uccisi mentre consegnano il nostro cibo: i riders e quelle vite spezzate senza tutele*, nel [sito telematico dell'Espresso](#), 7. 12. 2018.

<sup>15</sup> Cfr. M. FAIOLI, *Jobs “app”, gig economy e sindacato*, in [Riv. giur. lav.](#), 2/2017, 291 ss., nonché i contributi di AA.VV., in [Labor&LawIssues](#), 4/2018.

4.0”<sup>16</sup> – il dibattito ora richiamato non rimanda ad una visione pessimistica del *futuro*, ma denuncia un rischio *presente*: come è stato notato, «siamo di fronte a un fenomeno mondiale non transeunte»<sup>17</sup>, anche se con molte varianti nelle modalità strutturali e nella diffusione<sup>18</sup>. Per quanto riguarda l’Italia, secondo l’ultimo *Rapporto annuale* dell’INPS già citato, nel 2018 in Italia la *gig economy* coinvolgeva più di mezzo milione di persone, delle quali circa il 12% erano *riders*<sup>19</sup>.

Se si parte dal presupposto che l’attenzione dei giuristi – ed, in particolare, dei costituzionalisti – debba restare desta dinanzi alle minacce ai diritti fondamentali derivanti dalle nuove tecnologie, allora ci sono ottimi motivi per cui essi si interessino alla diffusione della *gig economy* nella «Repubblica democratica, fondata sul lavoro». Ad esempio, per chiedersi quale possa (o debba) essere la reazione, dinanzi a tale fenomeno, del legislatore, dei giudici e della Corte costituzionale<sup>20</sup>.

Quest’ultima, peraltro, ha già avuto modo di esprimersi sulla *gig economy*, nonostante l’assenza di interventi legislativi volti a dettare regole ad ampio raggio su di essa, ed anzi – in un certo senso –

<sup>16</sup> Ci si riferisce alle riflessioni che riconducono alla incalzante evoluzione della robotica e dell’intelligenza artificiale il pericolo di una progressiva sostituzione dei lavoratori umani con le macchine – anche in settori peculiari, come quello giudiziario – in misura ben maggiore di quanto non avvenga già oggi: sul tema, in questa sede non affrontabile, si rinvia a R. STAGLIANÒ, *Al posto tuo*, Einaudi, Torino 2016; N. BOSTROM, *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie* (2014), tr. it., Einaudi, Torino 2018; M. DOGLIANI, *Il ruolo dello Stato al tempo dell’economia digitale*, in *Sbilanciamoci*, 2018; D. GOTTARDI, *Da Frankenstein ad Asimov: letteratura ‘predittiva’, robotica e lavoro*, in *Labor&LawIssues*, 4/2018; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *RivistaAIC*, 3/2018; sullo stesso tema, in *Questione Giustizia*, 4/2018, v. C. CASTELLI, D. PIANA, *Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi*, 153 ss.; C. COSTANZI, *La matematica del processo; oltre le colonne d’Ercole della giustizia penale*, 166 ss.; C. BARBARO, *Uso dell’intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari: verso la definizione di principi etici condivisi a livello europeo?*, 189 ss.; E. FRONZA, C. CARUSO, *Ti faresti giudicare da un algoritmo? Intervista ad Antoine Garapon*, 196 ss.; S. BAORIAU, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?*, 200 ss.

<sup>17</sup> La constatazione è di T. TREU, *Rimedi*, cit., 372.

<sup>18</sup> Cfr. EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE, *Impact of digitalization and on demand economy on labour market and the consequences for employment and industrial relations* (2017), nel relativo [sito telematico](#).

<sup>19</sup> Cfr. INPS, *XVII Rapporto*, cit., 92 ss., che – sulla base di un’indagine svolta dalla Fondazione De Benedetti – individua nel 2,03% della popolazione lavorativa la quota di persone coinvolte nella *gig economy* come unico lavoro, secondo lavoro e come disoccupati o inattivi. Da notare che, secondo il *Rapporto*, guardando al profilo dell’età, si rileva un picco non già della fasce giovanili, come potrebbe pensarsi, bensì delle fasce centrali, dovuto principalmente ai secondi lavori (con valori intorno al 37% nella classe 30-39 anni e 32% nella classe 40-49 anni): si tratta di lavoratori dipendenti e autonomi, che evidentemente avvertono la necessità di arrotondare il loro reddito attraverso la *gig economy*. Le persone appartenenti alle medesime fasce d’età sfiorano il 30% anche tra quelle che svolgono come *unico* lavoro l’attività di *gigger*.

<sup>20</sup> In questa luce, la *gig economy* offre ai giuristi spunti di riflessione che non si ritrovano nel più generale fenomeno della già menzionata *sharing economy*, anch’essa basata sull’uso delle piattaforme digitali. Nemmeno di quest’ultima, per la verità, esiste una definizione univoca (v. AA.VV., Dossier: *sharing economy*, in *Equilibri*, 1/2015, 11 ss.; G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2017, 119 ss.; M. A. MAGGIONI, *La sharing economy. Chi guadagna e chi perde*, Il Mulino, Bologna 2018; V. VALENTINI, C. SCHEPISI, *Sharing economy e trasporti nell’era di Internet*, in AA.VV., *Diritti e libertà*, cit., 211 ss.). Tuttavia, secondo la Comunicazione della Commissione Ue *Un’agenda europea per l’economia collaborativa* [[SWD \(2016\) 184 final](#)], tale locuzione «si riferisce ai modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l’uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati». In questa luce, benché nel dibattito pubblico *gig economy* e *sharing economy* appaiano talvolta, come già accennato, quali formule sinonime, risultano convincenti le riflessioni di chi distingue tra le problematiche relative alle piattaforme digitali che, similmente a quanto illustrato da J. RIFKIN, *La società a costo marginale zero, L’internet delle cose, l’ascesa del «commons» collaborativo e l’eclissi del capitalismo* (2014), tr. it., Mondadori, Milano 2014, consentono lo “scambio” di un bene o di un servizio su *Internet* in forme diverse dal consumo basato sulla proprietà, ma «senza che assuma alcun rilievo l’attività lavorativa presupposta (come nel caso di *BlaBlaCar*, per il *car pooling*, oppure di *Airbnb*, per la locazione di alloggi a breve termine)»; e quelle relative alle piattaforme che divengono «lo strumento, anzi il luogo nel quale si affida l’esecuzione di prestazioni che possono considerarsi, a tutti gli effetti, lavorative»: per le citazioni, v. R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in [WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 336/2017](#), 3. Analogamente, v. J. BERG, V. DE STEFANO, *La gig-economy e il “nuovo” lavoro occasionale*, in *eticaeconomia*, 2017; A. PREVIATO, *Il caso Uber al vaglio della Corte di Giustizia europea: una sentenza che ridefinisce i termini della sharing economy*, in [Questione Giustizia](#) 6/3/2108.

proprio per questo. L'irruzione di *Uber* nel campo del trasporto urbano non di linea avrebbe dovuto indurre il Parlamento ad aggiornare la disciplina vigente in tale settore (l. n. 21/1992), anche in seguito alle aspre reazioni dei tassisti e degli autisti dei veicoli a nolo con conducente, sfociate in manifestazioni di piazza e in controversie giudiziarie imperniate sulla denuncia della violazione delle norme sulla concorrenza sleale<sup>21</sup>. Così non è stato, e dinanzi all'immobilismo parlamentare, il Consiglio regionale piemontese si è assunto il compito di introdurre una prima disciplina sul "fenomeno *Uber*", adottando la l. r. n. 14/2015, che riservava ai soli taxi e ai veicoli a nolo il trasporto a chiamata di persone, anche tramite le nuove modalità consentite dai supporti informatici.

Come era prevedibile, la Corte, adita in via principale dal Governo, ha dichiarato l'incostituzionalità di tale normativa, ritenendo che essa imponesse un limite alla libertà di iniziativa economica nella competizione tra operatori e che, per tale ragione, violasse la competenza esclusiva statale in materia di concorrenza fissata dall'art. 117, c. 2, lett. e), Cost.<sup>22</sup>. La sentenza presenta diversi profili degni di attenzione: tuttavia, poiché l'orizzonte della questione di costituzionalità prospettata dalla difesa erariale era circoscritto al rispetto del riparto costituzionale della potestà legislativa tra Stato e Regioni, la Consulta non si è addentrata nelle problematiche connesse alla peculiarità dei rapporti di lavoro nella *gig economy*, profilo che particolarmente interessa in questa sede.

Incuriosisce maggiormente, ai fini delle presenti note, la vicenda giudiziaria – la prima in Italia avente ad oggetto il lavoro *app-driven*, molto nota perché circondata da un ampio clamore mediatico – che ha visto protagonisti alcuni fattorini in bicicletta torinesi, assunti dalla società multinazionale *Foodora* con contratti di collaborazione coordinata e continuativa *ex art.* 409, n. 3, c. p. c., la cui attività di consegna di cibo a domicilio in bicicletta era "organizzata" dagli algoritmi elaborati da una piattaforma digitale.

I *riders* si sono rivolti alla magistratura chiedendo l'accertamento della *effettiva* natura subordinata delle prestazioni svolte e la conseguente illegittimità, nullità o inefficacia della loro estromissione dal servizio, lamentando anche la violazione delle norme sulla *privacy*, sul controllo a distanza e sulla tutela antinfortunistica. Mentre in primo grado tutte le domande sono state respinte<sup>23</sup>, in secondo esse sono state parzialmente accolte, avendo la Corte d'appello ritenuto che ai *riders* debbano essere riconosciute, *ex art.* 2, d.lgs. n. 81/2015, le tutele previste per i dipendenti del V livello del Contratto collettivo nazionale della logistica e del trasporto merci<sup>24</sup>.

Prima di soffermarsi su tali decisioni, sono necessarie alcune ulteriori precisazioni.

<sup>21</sup> Per una ricostruzione delle decisioni giudiziarie su *Uber* nel nostro Paese, in cui manca tuttora una compiuta regolazione del fenomeno, v. per tutti L. PETRILLO, C. HONORATI, *Diritti e libertà*, *cit.*, 19 ss.

<sup>22</sup> Cfr. [sent. n. 265/2016](#), su cui v. D. TEGA, «Pronto *Uber*? Un'auto a Piazza del Quirinale n. 41»: la *gig economy* arriva alla Corte costituzionale, in *Le Regioni*, 3/2017, 580 ss.; O. POLLICINO, V. LUBELLO, *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, in *Osservatorio Costituzionale AIC* 2/2017. Per *incidens*, una sorte analoga potrebbe abbattersi sulla legge proposta dalla Giunta regionale del Lazio ed attualmente *in itinere* (intitolata *Norme per la tutela e la sicurezza dei lavoratori digitali*), laddove essa veda la luce e venga impugnata dal Governo *ex art.* 127 Cost.: in tal caso, l'ambito di intervento appare infatti riconducibile alla macro-materia «ordinamento civile», *ex art.* 117, c. 2, lett. e), Cost., come può ricavarsi dalla giurisprudenza costituzionale pregressa: v. spec. [Corte cost., sent. n. 359/2003](#), in tema di *mobbing*. In proposito, v. L. TORSELLO, *Il lavoro dei riders. L'iniziativa di legge nella Regione Lazio*, in *Diritti regionali*, n. 3/2018.

<sup>23</sup> Cfr. Trib. Torino, sent. n. 778/2018, consultabile in [LavoroDirittiEuropa](#), 1/2018, con nota di P. TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora (i c. d. riders)*; *ivi*, 2/2018, v. anche di F. LATTANZIO, *Spunti di riflessione sui ciclofattorini e la "sentenza Foodora"*. Sulla decisione, v. anche U. ROMAGNOLI, *Foodora, in mezzo al guado del diritto del lavoro*, in [Eguaglianza & Libertà](#), 2018 e, in prospettiva costituzionalistica, I. MASSA PINTO, *La libertà dei fattorini di non lavorare e il silenzio sulla Costituzione: note in margine alla sentenza Foodora (Tribunale di Torino, sent. n. 778 del 2018)*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 2/2018. Per una impostazione analoga a quella del giudice torinese, in una controversia relativa a un fattorino dalla società *Foodinho*, v. Trib. Milano, sent. n. 1853/2018, pubblicata in [BollettinoAdapt.it](#), 2018. Su entrambe le pronunce, v. ancora M. BIASI, *L'inquadramento giuridico dei riders alla prova della giurisprudenza*, in [LavoroDirittiEuropa](#), 2/2018.

<sup>24</sup> Corte app. Torino, sent. n. 26/2019, consultabile nel sito telematico dell'[AGI Sezione Lazio](#).

## 2. Considerazioni sulla gig economy, alla luce del “principio lavorista”

Considerando i più recenti approdi del dibattito scientifico, appare opportuno distinguere tra il lavoro *sulle* piattaforme ed il lavoro *attraverso* le piattaforme<sup>25</sup>. Al primo ci si riferisce quando si discorre del c. d. *crowdworking* (il “lavoro della folla”) forse il lato più opaco della *gig economy*, in ragione della scarsità di dati esistenti su tale fenomeno<sup>26</sup>. In sintesi, la “folla” che accede alle piattaforme digitali ove è offerto questo particolare servizio, su di esse trova le richieste, formulate mediante *open calls* provenienti da committenti operanti in qualsiasi parte del mondo, relative a prestazioni quali la catalogazione di fotografie, la moderazione di *forum on line*, la sottotitolazione di video, etc. La più nota di tali piattaforme è *Amazon Mechanical Turk*, intitolazione che omaggia il “turco meccanico”, un automa giocatore di scacchi costruito nel 1706 per Maria Teresa D’Austria, che in realtà nascondeva al suo interno un uomo: sulla piattaforma, infatti, vengono offerte mansioni (dette *HIT: Human Intelligent Task*) che, per quanto semplici, non possono essere affidate all’intelligenza artificiale dei *computer*, richiedendo per il loro svolgimento abilità proprie degli esseri umani<sup>27</sup>.

Il risultato è la creazione di un mercato del lavoro globale – popolato da un invisibile “esercito digitale di riserva” – funzionante ventiquattr’ore su ventiquattro e sostanzialmente deregolato, che mentre assicura alla società che gestisce la piattaforma una percentuale su ogni “contratto” concluso *online*, rimette alla determinazione delle parti ogni aspetto della relazione tra loro intercorrente<sup>28</sup>. Per quanto, come si diceva, le informazioni su questo versante della *gig economy* siano esigue, è facile immaginare che nella grande maggioranza dei casi si assista ad un sorta di gara al ribasso tra quanti sono disposti ad accogliere per intero le condizioni imposte dal *requester* ed a rendersi disponibili per la retribuzione più esigua, senza peraltro avere nemmeno la garanzia di ottenerla: ad esempio, nel caso in cui il committente “recluti” più di un lavoratore e accetti soltanto il risultato della prestazione condotta a termine per prima<sup>29</sup>.

La combinazione tra la sconfinatezza della Rete e la sua capacità di riprodurre le dinamiche dell’universo degli atomi nel cyberspazio – «lo spazio telematico che si distende intorno alla Terra come un sopra-mondo»<sup>30</sup> – trovano qui un’ennesima conferma: in assenza di una specifica regolamentazione, alle piattaforme resta possibile tenersi del tutto esenti da qualsiasi responsabilità per quanto avviene nei rapporti tra chi richiede e chi esegue le prestazioni, ed auto-qualificarsi quali meri “intermediari digitali”. In effetti, eliminando le “vecchie” forme di intermediazione per soppiantarle, esse divengono il “nuovo” – e tentacolare – tramite «fra chi cerca e chi offre, fra chi sa e ci vorrebbe sapere; e tutte le svariate combinazioni per le quali persone o enti vogliono entrare in contatto con altri»<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. spec. V. Di STEFANO, *The rise*, cit., 6 ss.

<sup>26</sup> Secondo l’ INPS (*XVII Rapporto*, cit., 118), «dalle scarse indicazioni contenute nei siti internet dei principali operatori del settore (*UpWork, Freelancer, Amazon Mechanical Turk, Twago, Crowdflower, Vicker*), i vantaggi, per i committenti che si rivolgono alla piattaforma, risiedono fondamentalmente nella estrema flessibilità del modello: ogniqualvolta il committente ha esigenze di prestazioni lavorative legate a picchi produttivi ovvero vincolate a scadenze stringenti di ultimazione o, ancora, ad attività che si ripetono nel tempo con forte variabilità dei volumi, può rivolgersi alle piattaforme di *crowdworking* che ne organizzano la lavorazione facendo riferimento ad un numero variabile di lavoratori residenti in qualsiasi Paese (la “folla”) e pagando solo a fronte della prestazione effettivamente svolta. In taluni casi, il committente può addirittura scegliere fra più lavori portati a termine, per cui il compenso spetta solo a quello che risulta maggiormente adeguato».

<sup>27</sup> Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2107, 168 ss.

<sup>28</sup> Cfr. R. KRAUSE, “Always-on” - *The collapse of the work-life-separation*, disponibile nel sito telematico della [Fondazione Marco Biagi](#), 2017; A. CONSIGLIO, *L’assorbimento dei rapporti di lavoro della gig economy nel diritto privato*, in [LavoroDirittiEuropa](#), 2/2018.

<sup>29</sup> In tal senso, v. V. CAGNIN, *GIG-Economy e la questione qualificatoria dei gig-workers: uno sguardo oltreconfine*, in AA.VV., *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, a cura di A. Perulli, Wolter Kluwer Cedam, 2018, 34

<sup>30</sup> Per questa suggestiva immagine, v. N. IRTI, *Norma e luoghi*, Laterza, Roma-Bari 2006, 61.

<sup>31</sup> Cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Uber*, cit., 142.

Ciò, tuttavia, non significa che il loro ruolo si esaurisca sempre e soltanto in quello di uno spazio digitale “neutro”, destinato soltanto a favorire l’incontro (c. d. *matching*) tra la domanda e l’offerta di utenti che si muovono in una logica *peer-to peer*<sup>32</sup>. Una conferma della capacità delle piattaforme di cumulare (o dissimulare?) un servizio ulteriore rispetto all’intermediazione si ritrova, ad esempio, nella nota sentenza della Corte di Giustizia (*Causa C-434 Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL*), che recependo le argomentazioni dall’Avvocato generale, ha affermato che l’attività di *Uber* offerta tramite la sua *app UberPop* si configura, sebbene con modalità innovative, quale servizio nel «settore dei trasporti» e non come «servizio di intermediazione elettronica» o della «società dell’informazione»: da qui, l’esclusione dell’applicabilità della direttiva n. 2006/123, relativa ai servizi nel mercato interno, e la rimessione alla competenza regolativa degli Stati membri<sup>33</sup>.

L’accenno a *Uber* premette di spostare il discorso sull’altro versante della *gig economy*, in questa sede particolarmente interessante, quello del lavoro reso *attraverso* le piattaforme, grazie ad una *app* “scaricabile” su *smartphone*.

Il ragionamento diviene qui ancora più complesso, poiché occorre tenere conto che nel caso dei servizi di trasporto offerti da *Uber*, la *app* consente la creazione di una *community*, all’interno della quale si determina l’incontro tra la domanda degli utenti e l’offerta degli autisti, così che essi possono accordarsi sul percorso e sulla tempistica della prestazione. Resta però fuori dalla trattativa la tariffa: l’ammontare del *quantum* dovuto è infatti determinato dalla piattaforma, che trattiene una parte della cifra (circa il 20%)<sup>34</sup>. Tale modello organizzativo non si ripete in modo identico anche sulle piattaforme della *gig economy* operanti nel mercato della consegna del cibo a domicilio, le quali, peraltro, presentano un panorama alquanto articolato<sup>35</sup>. Limitando l’attenzione alle modalità previste dal contratto contestato in giudizio dai fattorini torinesi di *Foodora*, per come ricavabili dalla sentenza del Tribunale di Torino, si vede come la *app* permettesse ai *riders* di accedere alla piattaforma per candidarsi, di volta in volta, a uno o più turni del calendario predisposto unilateralmente dalla società, senza tuttavia che essi fossero obbligati farlo. Una volta effettuata la scelta, ed ottenuta la conferma del turno, il fattorino doveva recarsi in bicicletta in una delle zone di partenza predefinite ed attendere di ricevere sullo *smartphone* l’indicazione del ristorante da cui ritirare il cibo e l’indirizzo del cliente cui recapitarlo. Il quadro ora rapidamente tratteggiato evidenzia la natura variegata dell’universo del lavoro attraverso le piattaforme digitali, in cui si riflette tanto la molteplicità delle problematiche giuridiche ad esso collegabili, quanto l’eterogeneità delle risposte elaborate nei diversi ordinamenti<sup>36</sup>:

<sup>32</sup> In tal senso, v. C. CARTA, *Regole della concorrenza e tutela della forza lavoro: il (fragile?) schermo della community*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2/2018, 23.

<sup>33</sup> La Corte, tra l’altro, rileva come la società svolga anche un’attività di controllo sulla qualità dei veicoli e dei loro conducenti, nonché sul comportamento di questi ultimi, che può portare, se del caso, alla loro esclusione: cfr. A. PREVIATO, *La sentenza della Cgue sul “caso Uber”: uno spartiacque per la corretta determinazione dei modelli della sharing economy*, in *Questione Giustizia*, 2017 (v. anche ID., *Il caso Uber*, *cit.*); E. MARASÀ, O. POLLICINO, *EU Court of Justice rules that Uber provides a transport service and is not a mere electronic intermediary: regulatory implications and “digital” judicial insulation*, in *Medialaws*, 2/2018, 189 ss.; D. TEGA, *La Corte di giustizia qualifica i servizi offerti da Uber*, in *Federalismi.it*, 3/2018.

<sup>34</sup> Per più ampi dettagli, v. L. BELVISO, *Il caso Uber negli Stati Uniti e in Europa fra mercato, tecnologia e diritto. Obsolescenza regolatoria e ruolo delle Corti*, in *Medialaws*, 2/2108, 144 ss. Come è stato osservato, «sebbene il campione del *digital labour* intermediato dalle *app* si presti ad esser colto, senza banalizzazioni, solo in tutta la sua complessità ed articolazione, in *Uber* si riscontrano peculiarità tali da permettere l’emersione del prototipo cui si attribuisce sovente la funzione di declino dell’organizzazione fordista del lavoro e l’obsolescenza della relazione di lavoro classico»: A. CONSIGLIO, *Il lavoro nella digital economy: prospettive su una subordinazione inedita*, in *Labor&LawIssues*, 1/2018, 82.

<sup>35</sup> Cfr. M. BIASI, *L’inquadramento giuridico*, *cit.*, 5 ss. Per un parallelo tra le diverse tipologie di contratto utilizzate in Italia da *Foodora* e dalla società concorrente *Deliveroo*, v. INPS, *XVII Rapporto*, *cit.*, 94. Pertanto, nonostante possa dirsi che in ogni caso il lavoro reso tramite piattaforme digitali contribuisca al processo di destrutturazione degli elementi fondamentali del lavoro subordinato (cfr. P. TULLINI, *Economia digitale e lavoro non-standard*, in *Labor&LawIssues*, 2/2016), lo sguardo sulla realtà mostra che esso configura «un arcipelago molto complesso ed eterogeneo»: così, C. LAZZARI, *Gig Economy, tutela della salute e sicurezza sul lavoro*, in *Riv. dir. secur. soc.*, 3/2018, 456.

<sup>36</sup> Per un’ampia panoramica sulle diverse soluzioni, giurisprudenziali e normative, elaborate Oltreoceano e in Europa con riguardo alle problematiche sollevate da *Uber*, v. per tutti P. L. PETRILLO, C. HONORATI, *Diritti e libertà*, *cit.*; L. BELVISO, *Il caso Uber*, *cit.*, 145 ss.

tuttavia, un elemento ricorrente nei vari ambiti della *gig economy* su ritrova nelle vicende giudiziarie, paragonabili a quella torinese, relative alle contestazioni avanzate dinanzi ai giudici in diverse parti del mondo in ordine alla riqualificazione del rapporto di lavoro, in particolare nei riguardi di *Uber* e di società operanti nel *food delivery*.

In forza del principio della prevalenza della realtà sulla volontà cartolare delle parti, sia gli autisti che i *riders* hanno infatti chiesto ai giudici nazionali il riconoscimento della qualifica di lavoratori dipendenti, e non di semplici “collaboratori” come invece erano stati qualificati – con varia terminologia a seconda dell’ordinamento – al momento dell’assunzione<sup>37</sup>. Benché l’accattivante slogan di *Uber* sia “*Be your own boss!*”, sulla trasformazione degli autisti (e dei ciclo-fattorini) in “imprenditori di se stessi” – liberi di lavorare solo quando lo vogliono e con modalità tali da incrementare sensibilmente e senza eccessivo impegno le proprie entrate – si può fondatamente dubitare, considerando che se «da un lato, la tecnologia offre impensabili opportunità di elasticità, dall’altro, aumenta a dismisura la latitudine e l’intensità delle tradizionali prerogative di comando, elevandole alla potenza digitale»<sup>38</sup>. Al di là di ogni apparenza, la smaterializzazione del luogo di lavoro e la digitalizzazione del rapporto non implicano necessariamente una minore pervasività del controllo sul prestatore, consentendo peraltro un appannamento della separazione tra tempo del lavoro e tempo libero a scapito di quest’ultimo, in contrasto con la suggestione – indotta dalla pubblicità con cui le società della *gig economy* promuovono se stesse sui rispettivi siti *web*<sup>39</sup> – dell’alleggerimento della vincolatività insita in ogni attività lavorativa, se non addirittura della “ludicizzazione” della stessa<sup>40</sup>. Non si tratta solo del monitoraggio durante la prestazione, esercitabile in forme inedite grazie alle possibilità offerte dalla geolocalizzazione ed, in genere, dal controllo in tempo reale via *smartphone*, ma anche dell’uso delle recensioni rilasciate *on line* dai clienti quale forma di controllo e di esercizio di un potere molto vicino a quello disciplinare<sup>41</sup>: la piattaforma, per conto dell’impresa che la gestisce, «impartisce ordini, impone una divisa, monitora la prestazione, valuta la performance, premia i migliori, rimprovera gli inefficienti, chiude gli *account*»<sup>42</sup>. Da qui, la natura *ibrida* delle prestazioni dei lavoratori *app-driven*, titolari di un certo margine di autodeterminazione, ma al tempo stesso esposti al controllo e al condizionamento derivante dalla fissazione del prezzo del servizio, dal monitoraggio sull’esecuzione, dalle clausole di gradimento dell’attività, dalla possibilità di disattivazione delle utenze<sup>43</sup>.

Ora, le decisioni giudiziarie pronunciate nelle varie parti del globo offrono, inevitabilmente, risposte diverse alle richieste dei *giggers*<sup>44</sup>. In linea di principio, l’esito può essere ad essi favorevole laddove le norme applicabili alla controversia disegnano già in astratto la fattispecie della subordinazione in modo tale da consentire – a fronte della dimostrazione della sussistenza di un’autonomia del lavoratore più apparente che reale – di includervi anche la prestazione svolta dai

<sup>37</sup> Cfr. G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell’utenza?*, in *Labor&LawIssues*, 1/2017.

<sup>38</sup> Così, A. ALOISI, V. DE STEFANO, *La gig economy tra nuove forme di potere e libertà virtuali*, in *Il Mulino*, 4/2018, 591.

<sup>39</sup> «Tali attività lavorative vengono infatti presentate nella veste suadente di un’opportunità di una prestazione saltuaria, come cioè se si trattasse di una scelta del lavoratore e non di una condizione di precarietà – e di subalternità – entro cui questi rimane “invischiato”»: così, F. PIZZOLATO, *Mutazioni del potere economico e nuove immagini della libertà*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2017, 15.

<sup>40</sup> Sul punto, v. le interessanti considerazioni di B. C. HAN, *Psicopolitica* (2104), tr. it., Nottetempo, Milano 2016, secondo cui «il neoliberalismo, come mutazione del capitalismo, fa del lavoratore un *imprenditore*. Non la rivoluzione comunista, bensì il neoliberalismo elimina la classe operaia che è sfruttata da altri. Oggi, ciascuno è un *lavoratore che sfrutta se stesso per la propria impresa*» (ivi, 14. C.vi dell’A.).

<sup>41</sup> Cfr. G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy*, *cit.*, 3 ss.

<sup>42</sup> In tal senso, v. A. ALOISI, V. DE STEFANO, *Testa bassa e pedalare? No, i lavoratori di Foodora meritano rispetto*, in *LINKIESTA*, 11 ottobre 2016.

<sup>43</sup> Le citazioni sono tratte da A. PERULLI, *Capitalismo delle piattaforme e diritto del lavoro. Verso un nuovo sistema di tutele?*, in AA.VV., *Lavoro autonomo*, *cit.*, 130.

<sup>44</sup> Ciò accade anche nell’ambito dell’Unione europea, né sembra che la sentenza della Corte di giustizia sul “caso *Uber*” possa influire su una maggiore uniformità nell’approccio degli Stati membri alle problematiche del lavoro nella *gig economy*, non incidendo essa direttamente sulla definizione dello *status* dei *gig-workers*.



ricorrenti<sup>45</sup>; ovvero laddove, come in Gran Bretagna, esista una figura intermedia tra l'*employee* (paragonabile al nostro lavoratore subordinato) e l'*independent contractor* (simile al nostro lavoratore autonomo), quella del *worker*: qualifica che, per l'appunto, è stata attribuita dai giudici londinesi agli autisti di *Uber* che chiedevano la riqualificazione del rapporto<sup>46</sup>. Più tortuoso appare il cammino percorso dalla magistratura torinese sul "caso *Foodora*", anche perché il nostro diritto del lavoro resta imperniato sul tradizionale binomio "subordinazione-autonomia", che vede la prima, intesa come soggezione ai poteri datoriali, quale «porta d'ingresso alla cittadella fortificata delle piene tutele garantite dalla legge»<sup>47</sup>.

A questo punto del discorso, appare necessaria una breve digressione, per ricordare che la Costituzione «non conosce la dicotomia contratto di lavoro subordinato-contratto di lavoro autonomo. Piuttosto, si preoccupa di rimuovere situazioni soggettive di debolezza e disuguaglianza sostanziale comunque e dovunque si manifestino»<sup>48</sup>.

Come è noto, il "principio lavorista" – un *unicum* nel panorama delle Carte europee, che attesta l'originalità dell'apporto elargito dalla Costituzione italiana alle "tradizioni costituzionali comuni" dei popoli dell'Unione<sup>49</sup> – impone all'ordinamento di prestare una speciale attenzione al «forte coinvolgimento della persona umana» che, «a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata», connota le relazioni lavorative<sup>50</sup>: tutte, non soltanto quelle riconducibili al rapporto di lavoro subordinato, come conferma la prescrizione alla Repubblica della tutela del lavoro «in tutte le sue forme e applicazioni» (art. 35, c. 1, Cost.). Il "lavoro" che la Repubblica deve (*dovrebbe...*) tutelare appare in tale norma come "categoria" dotata della massima estensione, così da poter abbracciare non solo i lavoratori subordinati, ma anche gli autonomi – compresi quelli di ultima, ipertecnologica generazione – e persino «i sottocupati, gli inoccupati e coloro che perdono o rischiano di perdere il loro posto»<sup>51</sup>: *tutti i lavoratori*, secondo la formula con cui l'art. 3, c. 2, Cost. si riferisce tanto a

<sup>45</sup> Il quadro giurisprudenziale è molto variegato: negli USA, in alcuni casi i giudici (ad esempio, nello Stato di New York) hanno accolto le domande degli autisti di *Uber*, in altri (ad esempio, in Florida) si sono orientati in senso opposto, ed in altri ancora (ad esempio, in California ed in Massachusetts) l'impresa e i ricorrenti hanno raggiunto un accordo extragiudiziario in base al quale questi ultimi hanno mantenuto lo *status* di *independent contractors*, in cambio di un miglioramento nelle condizioni di lavoro (cfr. per tutti M. A. MAGGIONI, *La sharing*, cit., 89). In senso favorevole agli autisti, cfr. anche la decisione della 3<sup>a</sup> Vara do Trabalho de Belo Horizonte del 14 febbraio 2017, in [Consultor Iuridico](#); con riguardo a *Deliveroo*, in analogia prospettiva si esprime la sent. n. 244/2108 del Juzgado de lo Social n. 6 di Valencia (ma, in senso opposto, v. la sent. n. 284/2018 del Juzgado de lo social n. 39 di Madrid, 3 settembre 2018, in [BolletinoAdapt.it](#), 2018). In argomento, si rinvia a G. PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica come subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2/2017, 570 ss.; ID., *Alienità del risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*, in [Labor&LawIssues](#), 4/2018, 59 ss.; M. LOPEZ BALAGUER, *Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias*, [ivi](#), 2/2018, 53 ss.

<sup>46</sup> Cfr. la sent. dell'Employment Tribunal Central London del 26 ottobre 2016 *Aslam, Farrar et al. vs. Uber et al.*, in *Dir. rel. ind.*, 2/2017, 575 ss., e la sentenza dell'Employment Appeal Tribunal, *England and Wales*, 10 novembre 2017, in *Riv. it. dir. lav.*, 1/2018, 46 ss.: in proposito, v. E. DAGNINO, *Note a margine della sentenza Uber UK*, in [BolletinoAdapt.it](#), 2016; G. PACELLA, *Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed*, in [Labor&LawIssues](#), 2/2017, 50 ss.

<sup>47</sup> In tal senso, v. A. ALOISI, V. DE STEFANO, *La gig economy*, cit., 591.

<sup>48</sup> Così, U. ROMAGNOLI, *Le due cittadinanze del lavoro*, in *Insight*, all'indirizzo in [insight](#), 2018.

<sup>49</sup> In tal senso, v. C. PINELLI, "Lavoro" e "progresso" nella Costituzione, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, 401.

<sup>50</sup> Le citazioni sono tratte da [Corte cost., sent. n. 194/2018](#), che ha dichiarato l'incostituzionalità parziale dell'art. 3, c. 1, d. lgs. n. 23/2015 sul "contratto a tutele crescenti": su di essa, v. per tutti E. BALBONI, *La forza dei principi, ovvero ultimi (?) bagliori costituzionalmente orientati. Commento alla sentenza n. 194 del 2018 intorno al "diritto al lavoro"*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2018; C. PANZERA, *Indennità di licenziamento e garanzie (costituzionali ed europee) del lavoratore*, in [Diritti Comparati](#), 2018; R. SANLORENZO, A. TERZI, *Al centro, il giudice. La Corte costituzionale e il Jobs Act*, in [Questione Giustizia](#), 2018 nonché, volendo, C. SALAZAR, *Lavorare stanca... ma licenziare costa. La sentenza n. 194 del 2018 della Consulta sul contratto a tutele crescenti*, in corso di pubblicazione in [Quad. cost.](#), 1/2019, 181 ss.

<sup>51</sup> Così, G. SILVESTRI, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il sindacato e la riforma della Repubblica*, Ediesse, Roma 1997, 84. Lo stesso A. rileva come il silenzio della Carta repubblicana sui disoccupati, nonostante questi certo non mancassero al momento in cui i Costituenti ne licenziarono il testo, si deve probabilmente al fatto che essi

coloro che contribuiscono al progresso materiale o a quello spirituale della collettività attraverso lo svolgimento di un'attività o di una funzione liberamente scelta (art. 4, c. 2, Cost.), quanto a coloro che vorrebbero contribuirvi nel medesimo modo, ma non ci riescono per la presenza di ostacoli «di ordine economico e sociale»<sup>52</sup>. Come è stato ancora di recente evidenziato, «impegnando la Repubblica a tutelare anche il lavoro prestato in forme e in condizioni diverse da quelle del lavoro dipendente [...] nello stesso momento in cui ne riaffermano la centralità, i costituenti raccomandano un diverso angolo visuale, dimostrando così che l'amore per la specie può non far perdere di vista il genere»<sup>53</sup>.

Come si sa, l'evoluzione legislativa non si è mossa nella direzione tracciata dall'art. 35, c. 1, Cost., verso il superamento della tutela *categoriale* a favore della costruzione di una tutela *sistemica* dei lavoratori, considerati, nei limiti della ragionevolezza, come «un tutto unico»<sup>54</sup>. Anzi, dall'ultimo ventennio del Novecento in poi, allineandosi al *mainstream* neoliberalista, il legislatore ha proceduto lungo un percorso ben diverso, da un canto mantenendo ferma la dicotomia lavoro subordinato-lavoro autonomo (ma in un quadro attraversato dalle tendenze parallele all'impoverimento delle garanzie del primo e alla metamorfosi del secondo, in particolare con riferimento alla sua tradizionale riferibilità agli appartenenti ad un'*élite* professionale, «come tale caratterizzata da una posizione di privilegio già sul piano dell'apprezzamento sociale»<sup>55</sup>); dall'altro, avviando quello che U. Romagnoli ha definito come un «processo di de-costituzionalizzazione che ha fatto defluire ed allontanato il lavoro, le sue regole e la sua rappresentanza sociale dalla sfera di un superiore interesse presidiato dallo Stato»<sup>56</sup>. Il risultato, come si sa, è che sebbene il contratto di lavoro subordinato a tempo

---

vollero «evitare la beffa di togliere tutele ai deboli, senza toccare i forti, con la scusa di voler aiutare i debolissimi»: così, G. SILVESTRI, *L'interpretazione nel diritto del lavoro*, in *Dir. pubbl.*, 1/2018, 29.

<sup>52</sup> Poiché è lavoratore, per la nostra Carta, anche il missionario, come sostenne U. Tupini in Assemblea costituente, il contributo al benessere generale può derivare da una *qualunque* attività che, consentendo alla persona la coltivazione del proprio pieno sviluppo, le permetta al tempo stesso «la partecipazione all'organizzazione economica, politica e sociale del Paese». Sul tema la letteratura, come si sa, è amplissima: di recente, v. almeno M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 628 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Einaudi, Torino 2013; M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, in *Enc. giur., Agg.*, XVIII, Roma, 2009; ID., *Costituzione e potere economico*, in *RivistaAIC*, 3/2018, 3 ss. La *collettività* cui si riferisce l'art. 4, c. 2, così come il *Paese* nell'art. 3, c. 2, rinviano così ad una comunità massimamente inclusiva, richiedendo essi come «titolo» di appartenenza alla stessa la semplice corresponsione di un apporto derivante dal *lavoro*, dall'*opera* o dall'*azione* (per riprendere la nota tripartizione elaborata da H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana* (1958), tr. it., Bompiani, Milano 2011): in sostanza, da ogni *facere* che non sia rivolto alla soddisfazione di un interesse meramente egoistico (si pensi, esempio, al volontariato: cfr. *Corte cost., sent. n. 75/1992*). Per *incidens*, in questa stessa linea si muove anche la giurisprudenza costituzionale (*sent. n. 309/2013* e *119/2015*) che ha esteso agli stranieri l'accesso al servizio civile, pur risultando quest'ultimo connesso al dovere di difesa della Patria (art. 52, c. 1, Cost.), tradizionalmente riservato ai soli cittadini. Si rinvia, per tutti, a A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. n. 119/2015*, in *RivistaAIC*, 4/2015; G. MONACO, *L'istituzione del servizio civile universale e la sua apertura allo straniero regolarmente soggiornante in Italia*, in *RivistaAIC*, 4/2016.

<sup>53</sup> Così, U. ROMAGNOLI, *Quel diritto che dal lavoro prende il nome*, in *Il Mulino*, 4/2018, 694.

<sup>54</sup> Per questa impostazione, v. G. SILVESTRI, *Il lavoro*, cit., 84. In tal senso si orientava la proposta di legge di iniziativa popolare elaborata durante la scorsa legislatura dalla CGIL, intitolata «Nuovo statuto delle lavoratrici e dei lavoratori», il cui snodo saliente si ritrovava nell'individuazione di un insieme di diritti valevoli per tutti i lavoratori, indipendentemente dallo *status* e dal «tipo» di prestazione, cui si aggiungevano le tutele calibrate per il lavoro autonomo e per quello subordinato. Il testo si legge nel [sito telematico della CGIL](#).

<sup>55</sup> Così, C. SCOGNAMIGLIO, *Caso Foodora: dilatazione della nozione di lavoro subordinato o costruzione di uno statuto normativo del lavoratore autonomo debole?*, in *Corr. giur.*, 8-9/2018, 1034.

<sup>56</sup> U. ROMAGNOLI, *La deriva del diritto del lavoro (perché il presente obbliga a fare i conti col passato)*, in *Lav. dir.*, 1/2013, 6. Per L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari 2018, 115, «il riformismo liberista è sempre di segno antistatalista e all'insegna della deregolazione: tramite decostituzionalizzazione, delegificazione, destatalizzazione e perciò smantellamento dello Stato sociale e della sfera pubblica, riduzione dei diritti sociali e privatizzazioni delle prestazioni ad essi corrispondenti». Si spezza, così, la linearità della logica sottesa all'imponente numero di disposizioni costituzionali ove appare il lemma «lavoro» (in proposito, v. spec. M. LUCIANI, *Radici*, cit., 646 ss.), logica che vorrebbe far discendere «dal lavoro, le politiche economiche; dalle politiche economiche, l'economia» (così, G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro*, cit., 4).

indeterminato venga definito come la «forma comune» del rapporto di lavoro (art. 1, d. lgs. n. 81/2015)<sup>57</sup>, le statistiche mostrano l'ampio ricorso al ventaglio dei contratti “flessibili” introdotti a partire dall'ultimo scorcio del secolo scorso. Deve poi aggiungersi che negli anni più recenti il diritto del lavoro si è con sempre maggior evidenza orientato verso la prospettiva della *flexicurity*, ossimoro che – specie dopo la sua apparizione nel *Libro verde* della Commissione europea del 2006 – individua la «parola chiave (peraltro molto controversa) per “modernizzare” il diritto del lavoro nei paesi dell'Unione»<sup>58</sup>.

In questa sede, tuttavia, non interessa soffermarsi su questo travagliato percorso, quanto piuttosto mettere in luce la circostanza che l'art. 35, c. 1, Cost., tratteggiando un'opera di costante adeguamento dell'ordinamento alle varie esigenze di quanti, in occasione della ricerca, della costituzione, dello svolgimento o della cessazione di un rapporto di lavoro – *di qualunque natura* – vedano minacciati i loro diritti fondamentali, delinea un'impresa *corale*, risultando in essa coinvolte *tutte* le componenti della Repubblica, e non solo gli organi di indirizzo politico. Anche la magistratura, pertanto, è tenuta ad assumere il “principio lavorista” tra i parametri del proprio operato, nell'esercizio del potere-dovere di interpretazione conforme alla Costituzione, oltre che in occasione della proposizione delle questioni di costituzionalità: ribadirlo può forse sembrare superfluo, ma non dinanzi al “caso *Foodora*”, poiché né il Tribunale né la Corte di appello di Torino hanno ritenuto di dover individuare nella Carta repubblicana le coordinate di fondo entro le quali costruire le rispettive decisioni, dinanzi alle richieste avanzate dai *riders*.

Per la verità, le sentenze non contengono riferimenti nemmeno agli obblighi internazionali (in particolare, quelli scaturenti dalla CEDU e dalla Carta sociale europea) o ai vincoli derivanti dal diritto eurounitario, riferimenti che – *ex art. 117, c. 1, Cost.* – ordinariamente costellano le decisioni dei giudici nazionali, quale che sia l'ambito di volta in volta toccato. Ma il silenzio sulle fonti – e sulla giurisprudenza delle Corti – operanti sui due “livelli” ora evocati può spiegarsi facilmente: da un canto, è noto che la CEDU non tutela espressamente i diritti sociali e tanto meno quelli dei lavoratori, mentre la Carta sociale – destinata a “completare” la Convenzione proprio sotto questo profilo – ha da pochissimo debuttato come “fonte interposta” nella giurisprudenza costituzionale ([sentt. n. 120](#) e [194/2018](#)). Dall'altro, nonostante il processo di costituzionalizzazione dei diritti sociali avviatosi nell'ordinamento eurounitario abbia condotto alla loro inclusione nella Carta di Nizza-Strasburgo, sembra che neppure il “dialogo” tra le Corti sia servito, sin qui, a trasporre nello “spazio giuridico europeo” l'idea della loro *fondamentalità* e del loro porsi quali *diritti abilitanti* all'esercizio degli “altri” diritti<sup>59</sup>: ne offre conferma la «deludente *performance*» da essi offerta nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare durante la fase “acuta” della crisi economico-finanziaria<sup>60</sup>. Per contro, non può che destare vivo stupore – o «triste meraviglia», per citare Eugenio Montale – la circostanza che, come si diceva, ad onta del consolidato successo riscosso dalla “tecnica” dell'interpretazione conforme alla Costituzione, entrambi i giudici torinesi abbiano *del tutto*

<sup>57</sup> In tal senso si esprime l'art. 1 del d. lgs. n. 81/2015.

<sup>58</sup> Così, L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in [WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 141/2012](#), 1.

<sup>59</sup> Per questa felice espressione, v. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014, 84. Una riprova di quanto affermato nel testo è data, paradossalmente, dalla proclamazione inter-istituzionale del Pilastro europeo dei diritti sociali da parte di Commissione, Consiglio e Parlamento dell'Unione riuniti al vertice di Göteborg del novembre 2017: al di là della solennità della forma, quasi in un percorso *à rebours* il Pilastro «riconsegna infatti questi diritti ad un (peraltro assai debole) programma di misure specifiche o di atti legislativi affidati alla iniziativa della Commissione e alla capacità – e volontà – di compromesso politico di Consiglio e Parlamento, oltre che alla disponibilità degli Stati membri per quanto di loro competenza anche alla luce del principio di sussidiarietà»: S. GIUBBONI, *Un nuovo pilastro europeo dei diritti sociali? Due critiche – di metodo e di merito – al social pillar di Göteborg*, in *Menabò di Etica ed Economia*, in [eticaeconomia](#), 2018; *amplius*, v. ancora ID., *Appunti e disappunti sul Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 4/2017, 953 ss.

<sup>60</sup> La citazione è tratta da S. GIUBBONI, *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in AA.VV., *Giuristi e Stato sociale*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, I, 46/2017, 576. Cfr. anche ID., *La solidarietà come «scudo». Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 3/2018, 591 ss., cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento.

estromesso la Carta della Repubblica fondata sul lavoro dal percorso logico-giuridico seguito per assumere le loro decisioni, senza nemmeno avvertire la necessità di giustificare le ragioni di tale espunzione.

### 3. Il “caso Foodora” dinanzi ai giudici torinesi (ovvero: della Costituzione “dimenticata”).

Come si è accennato, il Tribunale di Torino ha respinto tutte le domande formulate dai ciclofattorini. Uno snodo essenziale nella motivazione si coglie nell’assunzione da parte del giudice, quale punto di riferimento ineludibile, dell’orientamento espresso dalla Corte di cassazione – ben trent’anni prima – sull’inquadramento come lavoratori autonomi dei c. d. *pony express*<sup>61</sup>. La sentenza, infatti, ritiene che il controllo ipertecnologico esercitato dalla piattaforma sin dal momento dell’attivazione del profilo da parte del lavoratore (comprensivo della possibilità di verificare la posizione del *rider* mediante geolocalizzazione e della previsione di un tempo massimo entro cui effettuare la consegna), sia riconducibile al concetto di “coordinamento” che caratterizza i rapporti di cui all’art. 409, n. 3, c. p. c., e non già all’esercizio di quella «assidua attività di vigilanza e controllo dell’esecuzione delle prestazioni lavorative», richiesta ai fini della sussistenza della subordinazione. Tale inquadramento è per il giudice confermato dalla circostanza che «i ricorrenti non avevano l’obbligo di effettuare la prestazione lavorativa e il datore di lavoro non aveva l’obbligo di riceverla».

Questa ricostruzione, unitamente all’esclusione della Carta repubblicana dall’orizzonte delle premesse su cui si basa la decisione, fa sì che il Tribunale nemmeno si ponga il problema della interpretazione costituzionalmente conforme dell’art. 2, d. lgs. n. 81/2015, invocato in via subordinata dai ricorrenti: si tratta della norma che estende l’applicazione della «disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro». Tale previsione si volge evidentemente a contrastare il ricorso al “falso” lavoro autonomo da parte dei datori come strategia di fuga dalle regole del lavoro subordinato, in funzione di “contrappeso” alla contestuale abrogazione della disciplina del lavoro a progetto operata dallo stesso decreto legislativo<sup>62</sup>.

La formulazione della disposizione, per la verità, non è delle più felici<sup>63</sup>, ma non dovrebbe esservi dubbio che un’interpretazione costituzionalmente orientata della stessa, in coerenza con il “principio lavorista”, ne suggerisca una lettura *magis ut valeat*, che asseconi nel modo più ampio possibile la finalità antiabusiva che la connota, anche – se non soprattutto – dinanzi a rapporti di lavoro caratterizzati da una fisionomia inedita come quelli in questione, ai quali, in sostanza, la norma ora vista può offrire una (forse, la *sola*) regolamentazione legislativa idonea a imporsi su quella sostanzialmente determinata in modo unilaterale dalle società che gestiscono le piattaforme. Il Tribunale, restringendo il proprio orizzonte al piano della legislazione ordinaria, ha invece offerto della disposizione una lettura... *minus ut valeat*: nella sentenza, essa viene presentata come una previsione che per un verso, è considerata inidonea ad esprimere «un contenuto capace di produrre nuovi effetti giuridici sul piano della disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di

<sup>61</sup> Cfr. Corte cass., sent. n. 7608/1991, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 370 ss.; Corte cass., sent. n. 811/1992, *ivi*, 1993, II, 425 ss. Sulla vicenda dei *pony express*, v. per tutti P. ICHINO, *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, 70 ss. In argomento, v. M. BIASI, *Dai pony express ai riders di Foodora. L’attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all’affannosa ricerca di inedite categorie*, in [BollettinoAdapt.it](#), 11/2017.

<sup>62</sup> G. CAVALLINI, *Torino vs. Londra. Il lavoro nella gig economy tra autonomia e subordinazione*, in *Sintesi*, 2018, 9.

<sup>63</sup> Nell’ampio dibattito, v. G. SANTORO PASSERELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409, n. 3, c.p.c. (art. 2)*, in AA.VV., *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. Carinci, Adapt University press, [e-book](#), 2015; L. ZOPPOLI, *La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*, in [WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 296/20167](#), spec. 6 ss.

lavoro»<sup>64</sup>; per l'altro, essa viene riferita – in una sorta di eterogenesi dei fini<sup>65</sup> – a un ambito di applicazione *più ristretto* di quello previsto dall'art. 2094 c.c., che definisce la subordinazione. Il giudice enfatizza il dato letterale della disposizione, laddove esso richiede che il potere del datore si estrinsechi «anche» in riferimento ai tempi e ai luoghi di lavoro, come se questa precisazione esiga che, per l'estensione della disciplina del lavoro subordinato, «il prestatore sia pur sempre sottoposto al potere direttivo e organizzativo del datore», non essendo sufficiente che tale potere «si estrinsechi soltanto con riferimento ai tempi ai luoghi», dovendo al contrario riguardare *anche* questi. In tal modo, la disposizione, oltre che *apparente*, in quanto – a detta del giudice – sprovvista di contenuti innovativi, diventa *inutile*, poiché essa finisce per estendere la disciplina del lavoro subordinato a rapporti che, all'evidenza, sono già *de plano* qualificabili come tali.

Questa impostazione è stata parzialmente abbandonata dalla Corte di appello, che, pur concordando con il giudice di prime cure sulla insussistenza della subordinazione per mancanza del requisito della obbligatorietà della prestazione, ritiene – forse, sulla scia delle suggestioni d'Oltremarica – che l'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 non solo non sia una norma “apparente”, ma addirittura individui «un terzo genere» tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c. c. e la collaborazione prevista dall'art. 409 n. 3 c. p. c. Secondo la sentenza, «pur senza sconfinare nell'esercizio del potere gerarchico, disciplinare (che è alla base della eterodirezione), la collaborazione è qualificabile come etero-organizzata quando sia ravvisabile un'effettiva integrazione funzionale del lavoratore nell'organizzazione produttiva del committente» e quando la prestazione sia caratterizzata da continuità, da intendersi «in senso ampio», come «non occasionalità»: connotati questi, che la Corte ha rinvenuto nel caso dei *riders* appellanti, poiché «erano determinate dalla committente le zone di partenza, venivano comunicati loro tramite *app* gli indirizzi cui di volta in volta effettuare la consegna (con relativa conferma), i tempi di consegna erano predeterminati (30 minuti dall'orario indicato per il ritiro del cibo)», così che «indubbiamente le modalità di esecuzione erano organizzate dalla committente quanto ai tempi e ai luoghi di lavoro». La conclusione è che resta salvo l'assetto negoziale stabilito dalle parti in sede di stipulazione del contratto, ma con l'estensione, *ex art. 2, d. lgs. n. 81/2015*, delle tutele previste per i rapporti di lavoro subordinato: la sentenza riconosce infatti ai *riders* il diritto «a vedersi corrispondere quanto maturato in relazione all'attività lavorativa da loro effettivamente prestata in favore di *Foodora* sulla base della retribuzione diretta, indiretta e differita stabilita per i dipendenti del quinto livello del contratto collettivo logistica-trasporto merci, dedotto quanto percepito»<sup>66</sup>.

Si noti che il *reasoning* della Corte d'appello si incardina sul rilievo per cui ritenere che una norma non abbia un contenuto precettivo «è una valutazione che si comprende in ambito scientifico», la quale resta però «preclusa ad un organo giudicante, il quale è tenuto ad applicare le leggi dello Stato in vigore, anche se si tratta di una norma di non facile interpretazione stante il sottile confine tra il dettato della stessa e il disposto dell'articolo 2094 cc.». Si tratta di una considerazione condivisibile, ma qui si vuole evidenziare che, per quanto apprezzabile, la risposta offerta dal giudice di secondo grado alle istanze dei *riders* resta fragile, perché sguarnita della copertura che avrebbe potuto essere elargita dal riferimento al “principio lavorista” nella individuazione del fondamento della interpretazione estensiva offerta all'art. 2, d. lgs. n. 81/2015. Con un pizzico di pessimismo, si può cogliere nella mancanza di richiami alla Carta repubblicana in entrambe le sentenze un'ennesima riprova del costante indebolimento della *vis* prescrittiva di tale principio, di cui – come si accennava – si hanno ampie dimostrazioni nell'evoluzione legislativa (almeno) degli ultimi vent'anni, sia sul versante delle scelte compiute nel perseguimento del pieno impiego, che su quelle relative alla

<sup>64</sup> In dottrina, in tal senso v. P. TOSI, *L'art. 2, co.1, D.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. dir. lav.*, 6/2015, I, 1117 ss.

<sup>65</sup> In tal senso, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Caso Foodora*, cit., 8-9/2018, 1033.

<sup>66</sup> La società non risultava iscritta ad alcuna associazione imprenditoriale sottoscrittrice di contratti collettivi: *ex art. 36 Cost.*, la Corte ha ritenuto perciò che spettasse ai *riders* la retribuzione stabilita dal Contratto collettivo in cui sono inquadrati i fattorini addetti alla presa e alla consegna delle merci.

protezione della stabilità dell'occupazione<sup>67</sup>. In ogni caso, resta il fatto che il rinforzo argomentativo derivante dal richiamo alla Costituzione, oltre a irrobustire la motivazione in vista dell'eventuale prosecuzione del giudizio in Corte di cassazione, avrebbe candidato la sentenza di appello a porsi quale precedente autorevole per altri magistrati, in occasione di future, analoghe controversie. Con un pizzico di ottimismo, si può però auspicare che, laddove il processo approdi dinanzi al Giudice di legittimità, ed anche qualora altri giudizi vedano coinvolti i lavoratori della *gig economy*, l'interpretazione *magis ut valeat* dell'art. 2, d. lgs. n. 81/2015 proposta dalla Corte di appello venga recepita ma al tempo stesso venga rinsaldata dall'espresso richiamo al "principio lavorista" ed, in particolare, al compito della Repubblica, nella sua interezza, di proteggere il lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni», ex art. 35, c. 1, Cost.

#### 4. Conclusioni (in attesa di un intervento legislativo "annunciato")

Tirando le fila del discorso, si può notare come nel "nuovo" si annidi il "vecchio": nel ragionare sul ruolo della "governamentalità algoritmica"<sup>68</sup> nel futuristico "caso *Foodora*", si finisce infatti per imbattersi nell'ennesima conferma di una dinamica vetusta, che vede il legislatore «arrancare affannato rincorrendo il ritmo vorticoso dell'evoluzione tecnologica»<sup>69</sup>, lasciando ai giudici il compito di offrire per primi risposte alle inedite modalità di aggressione ai diritti fondamentali rese possibili da tale evoluzione.

È vero che il compito dei legislatori nazionali è reso particolarmente difficile dalla natura *cross-border* del *web*, oltre che dalle tante peculiarità di *Internet*, prima fra tutte quella per cui la Rete è «mondo virtuale, costruito attraverso *processi metaforici e figurativi* peculiari», ma è anche, al tempo stesso, «segmento del mondo fisico»<sup>70</sup>. Tuttavia, questo dato non sembra di per sé sufficiente per rassegnarsi all'inevitabilità della «preminenza del potere giurisdizionale rispetto a quello politico/rappresentativo [...] quando il campo di gioco è quello dei *bit*»<sup>71</sup>. Si può, a tal proposito, rievocare il "monito" espresso dalla Corte costituzionale nella citata [sent. n. 265/2016](#) sulla legge regionale piemontese relativa al "caso *Uber*", secondo cui «l'evoluzione tecnologica, e i cambiamenti economici e sociali conseguenti, suscitano questioni variamente discusse non solo nelle sedi giudiziarie, ma anche presso le autorità indipendenti e le istituzioni politiche, per la pluralità degli interessi coinvolti e i profili di novità dei loro intrecci [...]. Nel contesto di un dibattito così animato, relativo a fenomeni la cui diffusione è grandemente agevolata dalle nuove tecnologie, è comprensibile che [...] si levi la domanda di un inquadramento giuridico univoco e aggiornato.

È dunque auspicabile che il legislatore competente si faccia carico tempestivamente di queste nuove esigenze di regolamentazione».

In effetti, a ridosso della diffusione sui *media* della notizia relativa all'esito del giudizio d'appello, sul sito del Ministero del lavoro e delle politiche sociali è stato pubblicato un comunicato stampa sulla messa a punto di una normativa che dovrebbe assicurare «ai lavoratori che effettuano consegne per conto delle *app* di *food delivery*, tutele su malattie, infortuni e paga minima»<sup>72</sup>. Il comunicato è alquanto stringato, ma si tratta di un intervento che era stato annunciato dal Ministro già in seguito all'apertura del giudizio di primo grado – sembrava, infatti, che tale normativa dovesse confluire nel c. d. "Decreto dignità"<sup>73</sup> – la cui adozione è stata però rinviata, in parallelo all'apertura di un "tavolo"

<sup>67</sup> Si rinvia, per tutti, a M. BENVENUTI, *Lavoro*, cit., 6 ss. (e all'ampia bibliografia *ivi* citata).

<sup>68</sup> Per questa efficace locuzione (in cui non appare casuale il richiamo a M. Foucault), v. G. BRONZINI, *Economia della condivisione e lavoro autonomo: una prospettiva europea*, in AA.VV., *Lavoro autonomo*, cit., 29.

<sup>69</sup> Cfr. O. POLLICINO, V. LUBELLO, *Un monito*, cit., 2.

<sup>70</sup> Così, A. MORELLI, O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in [RivistaAIC](#), 1/2018, 4.

<sup>71</sup> A. MORELLI, O. POLLICINO, *Le metafore*, cit., 23.

<sup>72</sup> Il comunicato, del 14 gennaio 2019, intitolato *Ministero del Lavoro: pronta la norma per i riders*, si legge nel [sito telematico del Ministero del lavoro e delle politiche sociali](#).

<sup>73</sup> D.l. n. 78/2018, conv. con mod. nella l. n. 96/2018.

di concertazione, presso il Ministero, tra le organizzazioni sindacali e le rappresentanze delle principali compagnie di *food delivery* che operano nel nostro Paese<sup>74</sup>.

Al momento in cui si scrive, la stampa riferisce dell'intenzione della maggioranza di proporre l'inserimento, nella legge di conversione del decreto-legge n. 4/2019 (*Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni*), di un emendamento diretto a prevedere livelli minimi di tutela per i lavoratori impiegati attraverso piattaforme digitali, attualmente non inquadrati in una peculiare tipologia contrattuale<sup>75</sup>. In proposito, pur in presenza dei pochi dati desumibili dai *media* – ed in mancanza, salvo errori di chi scrive, di ulteriori e più precise indicazioni ricavabili dal sito istituzionale del Governo e da quello del Ministero del lavoro e delle politiche sociali – si può azzardare un parallelo con la recente legge francese che riconosce tutele, ordinariamente non spettanti ai lavoratori autonomi, ai *gig-workers* di cui si avvalgono le società che gestiscono le piattaforme, qualora esse determinino le caratteristiche della prestazione dei servizi o del bene oggetto della prestazione e ne fissino il prezzo<sup>76</sup>. Il legislatore d'Oltralpe, senza modellare nuove categorie, ed anzi ricomprendendo *i travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique* nell'ambito del lavoro autonomo, ha fondato il riconoscimento di alcuni diritti sulla “responsabilità sociale” delle piattaforme: si tratta del diritto all'assicurazione infortunistica, di quello alla formazione continua, del diritto alla certificazione delle competenze, dei diritti collettivi di associarsi in sindacati, di contrattare collettivamente e di ricorrere allo sciopero.

Viene qui in luce come proprio con riguardo a tali “nuove” modalità di svolgimento delle attività lavorative, per via della loro natura “ibrida” insofferenti all'incasellamento nelle qualificazioni giuridiche tradizionali, sia ormai divenuta stringente l'esigenza di individuare un nucleo di diritti “trasversali”, riferibili ad ogni rapporto di lavoro, quale che sia la qualificazione giuridica ad esso riferibile. Pertanto, anche alla luce di quanto autorevolmente suggerito nel dibattito scientifico<sup>77</sup>, è auspicabile che l'intervento annunciato si diriga *ex art. 35 Cost.* alla tutela del lavoro nella peculiare “forma” della prestazione *app-driven* – non soltanto con specifico riguardo ai *riders* – attingendo alla costellazione dei principi sanciti dalla Carta repubblicana: in particolare, all'art. 36, per garantire a questi lavoratori un compenso salariale minimo<sup>78</sup>; agli artt. 32 e 41, per sancire gli *standard* fondamentali di sicurezza sul lavoro; all'art. 3, per proteggere i lavoratori da pratiche discriminatorie e lesive della dignità; infine, all'art. 39, per assicurare l'esercizio dei diritti sindacali.

Come rileva Pasquale Costanzo – ragionando di una ridefinizione della sovranità, dinanzi alla tecnologia globale della Rete, che veda pur sempre lo Stato come il soggetto chiamato alla tutela dei diritti fondamentali – la costruzione di un costituzionalismo *tecnologico* (e non *tecnocratico*) necessita di un legislatore che decida sull'impiego e sullo sviluppo delle tecnologie, in continuo dialogo con il ceto degli scienziati, al fine di individuare i necessari contrappesi tra i valori democratici e le spinte tecnocratiche «e di dar vita ad una nuova “cittadinanza tecnologica”, accrescendo le probabilità di sopravvivenza individuale e collettiva»<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> Cfr. il comunicato, del 18 giugno 2018, intitolato *Gig economy: al via un tavolo tra riders e piattaforme* e quello, del 3 luglio 2018, intitolato *Riders, concertazione ad oltranza per un contratto innovativo*, entrambi nel [sito telematico del Ministero del lavoro e delle politiche sociali](#).

<sup>75</sup> Cfr. E. MARRO, *Più tutele per rider e collaboratori*, in *Corriere della sera*, 3 marzo 2019, 31.

<sup>76</sup> Cfr. *la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*, ora nella Parte VII, Libro III, Titolo IV, del *Code du travail*, su cui v. V. CAGNIN, *GIG-Economy e la questione qualificatoria dei gig-workers: uno sguardo oltre confine*, in AA.VV., *Lavoro autonomo*, cit., 41.

<sup>77</sup> Cfr. T. TREU, *Rimedi*, cit., 398. L'A. rileva come la via percorsa dalla disciplina francese sia apprezzabile, in quanto abbandona «la logica del tutto o niente, propria delle categorie tradizionali per se stesse rigide», mentre la strada della creazione legislativa di nuove categorie di lavoratori sia meno conducente, non avendo essa, laddove è stata imboccata (ad esempio, oltre che in Gran Bretagna, in Germania e in Spagna), reso più certi i confini tra i diversi regimi, contribuendo anzi, in taluni casi, a renderne più difficile la individuazione: ID., *Trasformazioni*, cit., 9.

<sup>78</sup> Secondo INPS, *XVII Rapporto*, cit., 94, nel 2018 *Foodora* remunerava i *riders* a consegna, mentre quelli di *Deliveroo* venivano pagati secondo un criterio misto, in parte orario e in parte a consegna. Non a caso il divieto di cottimo è previsto nella legge della Regione Lazio attualmente *in itinere*, cui si è già accennato (cfr. art. 5, u. c.).

<sup>79</sup> Cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in AA.VV., *Annuario 2012. Costituzionalismo e globalizzazione*, a cura dell'AIC, Napoli, 2014, 81.

Antonio Ruggeri

## I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo\*

SOMMARIO: 1. Il diritto penale quale banco di prova particolarmente attendibile del modo complessivo di essere delle relazioni tra le Corti e la fluidità ed opacità delle stesse, segnate da perduranti e vistose oscillazioni. – 2. L'oscillazione del pendolo della Consulta in *Taricco*, tra il polo della *integrazione* (attraverso il riferimento fatto nella [ord. n. 24 del 2017](#) alle tradizioni costituzionali comuni) e quello della *separazione* degli ordinamenti (col richiamo, di cui alla [sent. n. 115 del 2018](#), ai principi espressivi della identità costituzionale). – 3. Le più rilevanti testimonianze risultanti dalla giurisprudenza costituzionale con riguardo alla centralità del ruolo rivendicata dalla Consulta nel rapporto con le altre Corti: in specie, il “riaccentramento” operato dalla [sent. n. 269 del 2017](#) e ulteriormente rimarcato dalla [sent. n. 20 del 2019](#) in ordine alla risoluzione delle antinomie tra diritto eurounitario e diritto interno coinvolgenti la Carta dell'Unione, la reazione che la prima pronunzia ha suscitato da parte delle altre Corti, l'effetto *boomerang* avutosene al piano della tutela dei diritti. – 4. Le aperture esibite da [Corte cost. n. 63 del 2019](#) ed alcuni esiti che potrebbero conseguire all'esercizio del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici comuni: cortocircuito o concorrenza delle tutele (e ruolo “sussidiario” di quella apprestata dalla Consulta)? – 5. L'oscillazione del pendolo tra il corno della *integrazione* e quello della *separazione* degli ordinamenti, con riferimento al rilievo assegnato in ambito interno sia alle norme internazionali generalmente riconosciute sia a quelle pattizie, e la necessità di un complessivo ripensamento del modo corrente d'intenderlo tenendo conto non già della natura delle *fonti ut sic* bensì della “qualità” delle *norme* dalle stesse prodotte. – 6. La separazione degli ordinamenti, pur laddove siano in rilievo norme di origine esterna idonee ad immettersi in modo automatico in ambito interno, e l'anomalo “bilanciamento” operato da [Corte cost. n. 238 del 2014](#) tra due entità incommensurabili e non... *bilanciabili*: la dignità della persona umana e i canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità. – 7. Le oscillazioni del pendolo tra schemi d'ispirazione formale- astratta e schemi di natura assiologico-sostanziale nella giurisprudenza costituzionale relativa alla CEDU ed ai suoi rapporti col diritto interno (con specifico riguardo alla incerta e instabile capacità di vincolo della giurisprudenza europea per i giudici comuni e... la stessa Corte costituzionale). – 8. Al tirar delle somme: il diverso *animus* con cui le Corti europee e i giudici costituzionali si pongono le une nei riguardi degli altri (e viceversa) e la maggiore apertura verso le prime manifestata dai giudici comuni (e, segnatamente, dalla Cassazione).

1. *Il diritto penale quale banco di prova particolarmente attendibile del modo complessivo di essere delle relazioni tra le Corti e la fluidità ed opacità delle stesse, segnate da perduranti e vistose oscillazioni*

Il diritto penale si va sempre di più confermando quale banco di prova particolarmente attendibile e promettente interessanti esiti teorico-ricostruttivi con riferimento ai rapporti interordinamentali, in specie se riguardati dall'angolo visuale delle Corti europee e dei più salienti sviluppi degli indirizzi di cui esse si fanno portatrici<sup>1</sup>; e ciò, per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, per il fatto che è proprio sul terreno arato dalla scienza penalistica che – secondo una consolidata tradizione teorica – si rendono particolarmente evidenti i limiti ai quali va incontro la

\* Testo rielaborato di una relazione all'incontro di studio su *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e diritto penale: Corti europee e giudice interno tra dialogo e scontro*, Catania 22-23 marzo 2019, alla cui data lo scritto è aggiornato.

<sup>1</sup> Se n'è, ancora di recente, avuta una eloquente testimonianza in un recente saggio monografico di una civilista (A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, ESI, Napoli 2018) che dà ampio risalto proprio ai profili di diritto penale, sia pure riconsiderati da una prospettiva di ordine istituzionale, rilevandosi già in esordio di trattazione che “lo scenario privilegiato dal quale prendere le mosse” è proprio quello penalistico (13, per il riferimento testuale).



sovranità dello Stato per effetto dell'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale<sup>2</sup> e, quindi, per il fatto che è proprio su questo terreno che possono registrarsi le maggiori tensioni, specie laddove la posta in gioco sia data dalla libertà personale e dalle sue aspettative di tutela da un canto, altri interessi facenti capo sia ai singoli che all'intera collettività, quale quello della sicurezza, dall'altro<sup>3</sup>. Non è d'altronde per mero accidente che tra i casi che maggiormente hanno animato il dibattito scientifico figurino proprio alcuni riguardanti la materia penale sia sostanziale che processuale (tra i quali, *Melloni* e, soprattutto, *Taricco*). Si tratta, peraltro, di vicende sulle quali i riflettori non si sono ancora spenti<sup>4</sup>, a parer mio opportunamente, per il fatto che, al di là delle conclusioni nel merito raggiunte, da esse possono trarsi indicazioni idonee a portarsi oltre la contingenza e che inducono a riflettere sulle complessive tendenze delle relazioni tra giudici di diversi ordinamenti (e, perciò, tra questi ultimi *inter se*), dando la misura, per un verso, del grado

---

<sup>2</sup> Molto studiati – come si sa – i rapporti tra diritto penale e competenze dell'Unione europea, come pure la cooperazione tra gli Stati nella repressione dei fatti di crimine: per l'uno aspetto e con specifico riguardo ai profili di diritto sostanziale, tra gli altri e variamente, v. G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Giuffrè, Milano 1989; AA.VV., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di L. Picotti, Giuffrè, Milano 1999; A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino 2004; AA.VV., *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. Moccia, ESI, Napoli 2004; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè, Milano 2005; R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Cedam, Padova 2007; G. GRASSO, *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione Europea*, in *Studi in onore di M. Romano*, IV, Jovene, Napoli 2011, 2307 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma 2012. Quanto al secondo aspetto, tra gli altri, AA.VV., *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, a cura di S. Ruggeri, Springer-Verlag, Heidelberg et al. 2013; AA.VV., *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, a cura di S. Ruggeri, Springer International Publishing, Cham 2015; S. RUGGERI, *Audi alteram partem in Criminal Proceedings. Toward a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Springer International Publishing, Cham 2017; AA.VV., *The European Public Prosecutor's Office*, a cura di L. Bachmaier Winter, Springer Nature Switzerland, Cham 2018; AA.VV., *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, a cura di W. Geelhoed - L.H. Erkelens - A. Meij, Springer, Heidelberg 2018; R.E. KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, Torino 2018; AA.VV., *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, a cura di T. Rafaraci - R. Belfiore, Springer Nature Switzerland, Cham 2019.

<sup>3</sup> Su ciò, per tutti, L. RISCATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino 2019. Nutrita, poi, la produzione venuta alla luce sul decreto Salvini, sul cui capo sono cadute (e seguitano senza sosta) a cadere a pioggia argomentate riserve e critiche a riguardo della sua conformità a Costituzione.

<sup>4</sup> ... specie sulla seconda (e non solo a motivo del fatto che è maturata da poco tempo), sulla quale la produzione scientifica seguita a cadere incessantemente a pioggia (solo tra i più recenti contributi venuti alla luce, v. S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e, della stessa, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'"evoluzione" dei controlimiti attraverso il "dialogo" tra le Corti dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 2/2018, 20 giugno 2018; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2018; AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018; B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quad. cost.*, 2/2018, 441 ss.; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss.; M. BARONI, *L'affaire Taricco: spunti sul tema Stato costituzionale e crisi economica*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 18 aprile 2018; G. GRASSO, *Evoluzione del diritto penale europeo e tutela dei diritti fondamentali alla luce della "saga Taricco"*, in [La legislazione penale](#), 3 ottobre 2018; C. CUPELLI, *L'epilogo del caso Taricco. L'attivazione "indiretta" dei controlimiti e gli scenari del diritto penale europeo*, in *Lo Stato*, 11/2018, 371 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, cit., spec. 67 ss. e 101 ss., ma *passim*; G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in [Federalismi.it](#), 24/2018, 19 dicembre 2018; i contributi di AA.VV., *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della procura europea*, a cura di G. Grasso - R. Sicurella - F. Bianco - V. Scalia, IUS Pisa University Press, Pisa 2018, e gli altri all'incontro di studio su *Il "dialogo tra le corti" parla anche di processo penale. Implicazioni e ricadute della vicenda "Taricco" sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale*, a cura di S. Quattrocchio, Alessandria 15 novembre 2018, in [La legislazione penale](#), 4 febbraio 2019); infine, D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 4 marzo 2019, spec. 238 ss.

d'integrazione interordinamentale raggiunto e, per un altro verso, della salvaguardia dei diritti fondamentali e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti assicurata. La qual cosa, poi, da una prospettiva di più largo respiro porta a ripensare antiche e collaudate categorie teoriche (a partire da quelle di sovranità e di Costituzione), oggi nondimeno bisognose di essere riconsiderate da cima a fondo e senza alcun preorientato indirizzo metodico-teorico.

È evidente che qui possono tutt'al più farsi solo alcuni cenni a sì impegnative e vessate questioni, la cui trattazione richiederebbe uno spazio di cui ora non si dispone. Va, peraltro, avvertito che alcune oscillazioni registratesi – come si vedrà – in seno alle relazioni tra le Corti persuadono del fatto che è ancora prematuro tentare di fare il punto sul complessivo orientamento delle stesse, il quale forse – per vero – neppure si ha, nel senso che un vero e proprio indirizzo ben definito e compiuto non si è ancora delineato né è dato sapere se ciò si avrà a breve. Il quadro si caratterizza, insomma, per fluidità e mobilità degli elementi che lo compongono, la loro complessiva opacità e non infrequente contraddittorietà. Connotati, questi, che peraltro solo in parte possono addurre a loro giustificazione la circostanza per cui le singole pronunzie di questa o quella Corte, in quanto legate alle complessive esigenze dei casi cui si riferiscono, variano di continuo col variare dei casi stessi. Pur non negandosi infatti questo dato, si ha l'impressione, a riguardare con distacco alle vicende fin qui maturate, che perlomeno in occasione dello svolgimento di molte di esse si sia proceduto – come dire? – a tentoni, con non poca improvvisazione, al di fuori appunto di un quadro teorico predefinito ed idoneo a dare un orientamento, ad ancorare cioè la decisione a punti dapprima stabilmente fissati.

2. *L'oscillazione del pendolo della Consulta in Taricco, tra il polo della integrazione (attraverso il riferimento fatto nella [ord. n. 24 del 2017](#) alle tradizioni costituzionali comuni) e quello della separazione degli ordinamenti (col richiamo, di cui alla [sent. n. 115 del 2018](#), ai principi espressivi della identità costituzionale)*

Emblematico al riguardo il modo con cui si è mossa la Consulta in *Taricco*, lo spostamento di piano registratosi nel passaggio dalla prima alla seconda pronunzia, evocativo di un autentico capovolgimento dell'assetto dato alle relazioni interordinamentali.

La [ord. n. 24 del 2017](#) è stata vista – come si sa – dai suoi numerosi commentatori da prospettive anche sensibilmente diverse, alcuni avendone dato una lettura *in bonam partem*, quale espressiva di “leale cooperazione” e di disponibilità al “dialogo” (formule magiche, di uso – come si sa – assai frequente e, ciò che più importa, caricate di valenze assai diverse, prestandosi nella loro strutturale duttilità e, a dirla tutta, ambiguità ed opacità concettuale ad esigenze parimenti diverse<sup>5</sup>); altri, di contro, hanno fermato l'attenzione sul tono minaccioso e – come si è altrove detto<sup>6</sup> – ultimativo della decisione, nel corso della quale sono stati “esposti”, se non pure immediatamente “opposti”, i “controlimiti”, lasciandosi chiaramente intendere che la prima decisione della Corte dell'Unione su *Taricco*, laddove fosse stata dalla Corte stessa confermata, non avrebbe potuto trovare ingresso in ambito interno.

Sta di fatto che – al di là dei toni adoperati – l'argomentazione si è rivelata ben studiata e persuasiva, tant'è che il giudice lussemburghese ha alla sua luce sostanzialmente rivisto il proprio originario atteggiamento, producendo uno sforzo apprezzabile per ravvicinarsi alle posizioni del

---

<sup>5</sup> Ciò che, nondimeno, non giustifica – a me pare –, con specifico riguardo alla seconda, la sua qualifica in termini di “chimera” o di “pietosa finzione” (secondo il severo giudizio che, ancora da ultimo, ne dà R. BIN, *Giurisprudenza e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione europea*, in corso di stampa in *Dir. pubbl. comp. eur.*), per complicata ed anche non poco sofferta che sia la ricerca dei modi con cui avviare e portare a frutto il “dialogo” in parola, pur negli eccessi così come nelle carenze che ne accompagnano il non lineare cammino, secondo quanto qui pure si tenta di mostrare.

<sup>6</sup> Così, nel mio [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti \(a margine di Corte cost. n. 24 del 2017\)](#), in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene, Napoli 2017, 393 ss., nonché in questa [Rivista, Studi 2017/I](#), 81 ss.

giudice costituzionale, se non pure per raggiungerle e con esse identificarsi del tutto.

Astuta e vincente si è infatti dimostrata la strategia processuale messa in atto dalla Consulta e volta a riportare il principio di legalità in materia penale alle tradizioni costituzionali comuni<sup>7</sup>, sollecitandosi pertanto la Corte sovranazionale a far luogo a quel bilanciamento che *ab origine* avrebbe dovuto farsi tra principi ormai tutti *pleno iure* propri dello stesso ordinamento eurounitario e, perciò, a dare il giusto rilievo al principio di legalità così come inteso nel nostro ordinamento.

Il punto è molto importante per almeno un triplice ordine di ragioni.

Per un verso, la Corte costituzionale dà qui, così come – si vedrà – in altri casi, per presupposto indiscutibile che nessuna delle tradizioni in parola può venire a formazione senza che di essa si renda partecipe un nostro principio fondamentale, con ciò indirizzando un chiaro messaggio in ordine alla indisponibilità a rivedere l'istituto della prescrizione (e, segnatamente, a spostarlo dal piano sostanziale a quello processuale, in linea peraltro con una qualifica invalsa in altri ordinamenti). Questo risultato non era (e non è) da considerare affatto scontato, perlomeno a stare al mero dato testuale della formula relativa alle tradizioni in parola. Sappiamo tutti, infatti, che al di là del titolo di cui si fregiano, esse non sono affatto davvero “comuni” né tanto meno identiche, meramente ripetitive cioè nel passaggio dall'uno all'altro ordinamento<sup>8</sup>. La qual cosa, poi, non presenta alcuna stranezza sol che si pensi che anche altri principi fondamentali, espressivi di valori comuni alle liberal-democrazie e posti a base della stessa Unione, quali quelli menzionati nell'art. 2 del Trattato di Lisbona, si presentano in forme anche sensibilmente diverse nei singoli ordinamenti; e, d'altro canto, la formula identificativa dell'Unione, che fa rimando appunto al pluralismo istituzionale che ne connota la struttura, è indicativa di questo modo complessivo di essere delle relazioni tra gli Stati che vi appartengono e di tutti nei riguardi dell'Unione stessa.

Per un altro verso (ed è questo che maggiormente importa al fine della ricostruzione cui ora si attende), facendo le tradizioni suddette da veicolo di materiali normativi assiologicamente pregnanti dagli Stati membri all'Unione, il giudice costituzionale mette in primo piano e vigorosamente rimarca gli elementi di integrazione tra gli ordinamenti, lasciando nell'ombra quelli di separazione. Questi ultimi, infatti, sarebbero stati resi evidenti qualora l'obiettivo fosse stato puntato sull'identità costituzionale, richiamandosi la Corte dell'Unione a prestare ossequio a quei principi di struttura di ciascuno Stato membro cui è fatto richiamo nell'art. 4.2 TUE<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> ... riprendendosi al riguardo una indicazione venuta da una sensibile dottrina (M. BASSINI - O. POLLICINO, *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, in [Verfassungsblog](#), 2 agosto 2017, nonché in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 settembre 2017, e, degli stessi AA., *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in [Verfassungsblog](#), 5 dicembre 2017, e in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 11 dicembre 2017).

<sup>8</sup> Indicazioni a riguardo del modo con cui sono intese e se ne fa uso nella giurisprudenza eurounitaria in O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero sia l'incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.; v., inoltre, utilmente, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in [Il Diritto dell'Unione Europea](#), Oss. eur., dicembre 2017; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, 1073 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017. Infine, G. COMAZZETTO, [Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco” tra revirements e questioni irrisolte](#), in questa [Rivista, Studi 2018/II](#), 347 ss., e G. DI FEDERICO, [La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti \(e viceversa\)](#), in [Federalismi.it](#), 11/2018, 23 maggio 2018.

<sup>9</sup> L'enunciato è stato – come si sa – fatto oggetto di animate discussioni; sta di fatto che da esso l'Unione è impegnata a mostrarsi ossequiosa nei riguardi non soltanto delle tradizioni comuni ma anche di quelle tipiche dei singoli Stati membri [in tema, tra gli altri, F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; S. GAMBINO,

Ci s'intenda. Già in altri luoghi si è fatto notare che, al tirar delle somme, *dal punto di vista della nostra Corte*, le cose non sarebbero comunque cambiate, proprio perché – come si diceva – la Corte non concepisce che possa darsi una tradizione comune che non comprenda tale e quale un nostro principio fondamentale. Il riferimento alle tradizioni ha, dunque, avuto unicamente una finalità strategica; e – come si è rammentato – è stata una mossa ben studiata ed accorta.

Per un altro verso ancora, proprio alla luce di quanto appena detto, la Corte non ha mai messo in discussione essere di sua esclusiva spettanza la messa a punto dei connotati complessivi dei principi fondamentali transitati in ambito sovranazionale ed ivi convertitisi in tradizioni comuni; non sorprende, dunque, che in *Taricco* abbia “blindato” la prescrizione, considerando indisponibile la sua appartenenza agli istituti del diritto penale sostanziale.

Qui, tuttavia, si registra, a mia opinione, uno slittamento di piano, espressivo di una visione parziale e – ad esser franchi – distorta delle relazioni tra gli ordinamenti e, dunque, del modo di intendere e far valere gli elementi d'integrazione in esse presenti. La Corte, infatti, sembra trascurare il dato di comune evidenza per cui la ricostruzione delle tradizioni suddette non è, di certo, affare proprio né tanto più esclusivo del singolo operatore nazionale, foss'anche un giudice costituzionale, la loro elaborazione essendo riservata – come si sa – alla Corte di giustizia, la quale nondimeno, dovendo far riferimento a materiali attinti dai serbatoi costituzionali degli Stati membri, non può, di tutta evidenza, ignorare i modi con cui i principi fondamentali che entrano a comporre le tradizioni stesse sono intesi e fatti valere negli ordinamenti nazionali, vale a dire come essi si fanno “diritto vivente”. Ed è bene non perdere al riguardo di vista che quest'ultimo non si identifica ed esaurisce nelle sue sole espressioni ad opera del giudice costituzionale, dovendosi avere riguardo altresì agli orientamenti dei giudici comuni, specie nelle loro forme maggiormente accreditate e radicate (su ciò, tornerò anche a breve).

Il richiamo alle tradizioni, dunque, avrebbe potuto (e un domani, in altre circostanze, potrebbe) trasformarsi in un autentico *boomerang* per la Consulta, ulteriormente avallando e rimarcando la competenza del giudice dell'Unione a disvelare ed a far valere le tradizioni stesse, per le peculiari esigenze dell'ordinamento sovranazionale. Che, poi, ciò avrebbe potuto inasprire ulteriormente il conflitto, portando all'esito fatale dell'applicazione dei “controlimiti”, è ovviamente pressoché

---

*Identità costituzionali nazionali e primauté eurolunitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013; T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI - V. CAPUOZZO - I. DEL VECCHIO - A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti* e, più di recente, G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, cit.; AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, cit.; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, cit., 781 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l'interpretazione dell'“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 20/2018, 24 ottobre 2018, spec. §§ 5 e 6; F.-X. MILLET, *Plaidier l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 831 ss.; v., inoltre, i contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna - C. Fasone - G. Piccirilli, in *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, cit., spec. 82 ss. e 163 ss.; acuti spunti teorico-ricostruttivi, ora, anche in C. PANZERA, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della “doppia fedeltà”. L'esperienza italiana*, Relaz. al Convegno del “Gruppo di Torino” su *La Constitución como pacto*, Valencia, 23 marzo 2019, in *paper*. Infine, se si vuole, v. i miei *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2017, 19 ss., nonché in [Forum di Quaderni Costituzionali](http://Forum di Quaderni Costituzionali), 9 aprile 2016; *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](http://Diritto Penale Contemporaneo), 2 ottobre 2017, e *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il “dialogo tra le corti” parla anche di processo penale. Implicazioni e ricadute della vicenda “Taricco” sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale*, cit.].

sicuro; ed è stato solo per effetto della disponibilità (questa, sì, reale e documentata) del giudice lussemburghese al “dialogo” che questo rischio è stato fugato.

V'è di più. Pur laddove la Consulta avesse sin dall'inizio fatto riferimento all'identità costituzionale, richiamando il giudice dell'Unione alla scrupolosa osservanza dei principi fondamentali di diritto interno che la compongono, in forza di quanto disposto dall'art. 4.2 TUE, ugualmente non avrebbe potuto escludersi il fattivo concorso dello stesso giudice al riconoscimento dei tratti espressivi dell'identità stessa<sup>10</sup>. Come vado dicendo da tempo<sup>11</sup>, è questo il portato della “europeizzazione” dei “controlimiti”, nella sua propria, equilibrata accezione, alla cui messa a punto sono chiamati a dare il loro apporto, con tipicità di ruoli, i giudici nazionali e il giudice eurounitario (senza peraltro trascurare – come si dirà più avanti – il ruolo della Corte di Strasburgo, espressamente chiamata in campo dalla Carta dell'Unione che chiede di essere interpretata alla luce della CEDU, nel suo farsi “diritto vivente”).

L'art. 4.2 è infatti un principio-cerniera – com'è da molti chiamato – dell'ordinamento sovranazionale, nel suo porsi in rapporto con gli ordinamenti interni; è il “luogo” in cui occorre ricercare le mediazioni più adeguate alle complessive esigenze dei casi tra il principio del primato del diritto eurounitario e il principio della salvaguardia delle identità costituzionali degli Stati membri, il “luogo”, cioè, in cui si mette alla prova la capacità del “dialogo” intergiurisprudenziale di raggiungere convergenze, non già di inasprire i conflitti e tenere viepiù separati, lontani e reciprocamente incomunicabili, gli ordinamenti. Insomma, i giudici nazionali devono tenere conto delle ragioni addotte dall'Unione per bocca del suo interprete più qualificato, privilegiato, la Corte di giustizia, non foss'altro che per il fatto che gli stessi giudici sono tenuti, per la loro parte, a farsi garanti del diritto sovranazionale; similmente, la Corte dell'Unione è chiamata a farsi carico delle ragioni addotte dai giudici nazionali, specie laddove si spendano a beneficio dei principi di struttura di diritto interno. La differenza tra queste posizioni speculari è data dal fatto che il giudice dell'Unione parla con una sola voce, che esce dalla bocca della Corte di giustizia, diversamente dai giudici nazionali che hanno più voci (e, come si vedrà a momenti, non è affatto detto che siano sempre reciprocamente concordi).

Brusco, ad ogni buon conto, si è rivelato il passaggio dalla prima alla seconda [pronuncia della Consulta su Taricco, la n. 115 del 2018](#), con l'inatteso (e, francamente, inopportuno) ritorno all'identità costituzionale che sarebbe stata gravemente incisa qualora la Corte dell'Unione non avesse abbandonato il proprio originario punto di vista<sup>12</sup>.

Qui, come si vede, il pendolo è fatto oscillare dal corno della *integrazione* a quello della *separazione* degli ordinamenti, da cui è fortemente, irresistibilmente attratto. La Consulta non si contenta così di aver centrato l'obiettivo del sostanziale ripensamento operato dal giudice dell'Unione ma rimarca con vigore la centralità (ed anzi la esclusività) del proprio ruolo quale interprete e garante dei principi di struttura dell'ordine interno, lasciando priva di rilievo alcuno la circostanza che essi entrino a comporre le tradizioni costituzionali comuni.

Trascura, tuttavia, due dati ai quali – come si vedrà meglio a momenti, trattando di altre vicende qui di specifico interesse – va assegnato uno speciale significato.

Innanzitutto, non tiene conto del fatto che, una volta assodato – come lo stesso giudice costituzionale aveva ammesso nella sua domanda di rinvio pregiudiziale su *Taricco* – che il principio di legalità in materia penale è *anche* una tradizione comune, quest'ultima, per il modo con cui è intesa e fatta valere dalla Corte dell'Unione, riversa il suo potenziale concettuale e normativo in ambito interno, esprimendo vincoli interpretativi ed operativi ai quali i giudici nazionali non possono comunque sottrarsi, se non azionando appunto l'arma dei “controlimiti”. Tra tradizioni

---

<sup>10</sup> Risolutamente contraria numerosa dottrina [per tutti, M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 1/2017, 21 aprile 2017].

<sup>11</sup> ... a partire da *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Giappichelli, Torino 2006, 827 ss.

<sup>12</sup> La qual cosa, nondimeno, conferma quanto poc'anzi si diceva a riguardo della fungibilità, dal punto di vista della Consulta, del riferimento all'identità costituzionale ovvero alla tradizioni comuni.

comuni e tradizioni tipiche del singolo ordinamento nazionale s'intrattiene, infatti, un rapporto di mutua ed incessante alimentazione semantica, così come si hanno flussi ininterrotti di suggestioni ed indicazioni dall'una all'altra Corte, variamente idonei a lasciare un segno negli sviluppi dei rispettivi orientamenti giurisprudenziali. E, d'altro canto, la Costituzione e le altre Carte dei diritti – come efficacemente rilevato da una nota decisione della Consulta, la [n. 388 del 1999](#), alla quale faccio sovente richiamo nelle mie riflessioni in tema di rapporti interordinamentali e sulla quale pure più avanti tornerò – “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”. Di qui, poi, l'impossibilità di tenere rigorosamente distinte o, peggio, contrapposte le Carte stesse e, con esse, i principi fondamentali che ne danno la essenza. Alla domanda *quis interpretabitur?*<sup>13</sup> si possono, sì, dare, come si sono date, risposte diverse, rimarcando la centralità (e, magari, la esclusività) del ruolo di questo o quell'operatore, ma non si può negare che nella struttura stessa dei materiali normativi di cui le Carte (e, segnatamente, i loro principi fondamentali) sono fatte entrano, pur se alle volte inavvertitamente, a fare parte anche elementi tratti *ab extra* che si mescolano con quelli originariamente posti dagli autori delle Carte stesse finendo col diventare una sola cosa.

In secondo luogo, la Consulta trascura il ruolo, parimenti di non secondario rilievo, che altri operatori (e, segnatamente, i giudici comuni) possono giocare sulla scena, facendosi essi pure interpreti e garanti dei principi fondamentali di diritto interno. Come si è venuti dicendo e ancora meglio si vedrà a momenti, ritenere di avere il monopolio dell'affermazione del diritto vivente, tanto più nelle sue maggiori ed assiologicamente pregnanti espressioni normative, è, a dir poco, ingenuo ed eccessivamente schematico, semplificante. Negli ordinamenti ispirati al più ampio pluralismo culturale ed istituzionale, quali sono appunto quelli di tradizioni liberali, animati da un “gioco” senza fine ed incrociato di indicazioni che si intrattiene in seno alla comunità tutta degli interpreti ed operatori, sarebbe una pretesa comunque praticamente inappagabile, oltre che teoricamente infondata. Lo scontro registratosi in *Taricco* (ed in altre esperienze processuali) tra le Corti, cui è qui fatto cenno, ne dà peraltro eloquente conferma.

La vicenda appena richiamata, dunque, si chiude con la [sent. 115 del 2018](#), lasciando – si è detto altrove<sup>14</sup> – l'amaro in bocca, non solo per il fatto che in essa appare marcata la distanza dei punti di vista dei principali attori sulla scena ma anche – ed è ciò che maggiormente importa – per il fatto che, allo stesso tempo, gli ordinamenti, a mo' di veicoli telecomandati, sono portati dagli attori stessi (e, in ispecie, da quello nazionale) a muoversi in direzioni diverse e ad allontanarsi sempre di più, lasciandosi in ombra gli elementi d'integrazione che, seppur in modo ad oggi parziale e complessivamente immaturo, ne connotano le relazioni, nel loro pur confuso, non lineare e comunque sofferto sviluppo.

3. *Le più rilevanti testimonianze risultanti dalla giurisprudenza costituzionale con riguardo alla centralità del ruolo rivendicata dalla Consulta nel rapporto con le altre Corti: in ispecie, il “riaccentramento” operato dalla [sent. n. 269 del 2017](#) e ulteriormente rimarcato dalla [sent. n. 20 del 2019](#) in ordine alla risoluzione delle antinomie tra diritto eurounitario e diritto interno coinvolgenti la Carta dell'Unione, la reazione che la prima pronunzia ha suscitato da parte delle altre Corti, l'effetto boomerang avutosene al piano della tutela dei diritti*

Il quadro è, ad ogni buon conto, assai più articolato e internamente composito di come traspaia da una singola, seppur rilevante, vicenda, quale quella relativa a *Taricco* appena richiamata. Da essa, infatti, risulta uno “spaccato” delle relazioni tra le Corti che va, nondimeno, posto a raffronto

---

<sup>13</sup> ... e, prima ancora, alla domanda relativa a sedi istituzionali e modi con i quali individuare i materiali normativi idonei ad esprimere principi fondamentali e, ulteriormente specificando, diritti fondamentali, specie laddove essi non siano esplicitamente menzionati in Costituzione o, generalizzando, in altre Carte (di tutto ciò qui non può farsi parola alcuna; solo per alcuni essenziali riferimenti, v., almeno, AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, cit., e AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017).

<sup>14</sup> [Taricco, amaro finale di partita](#), in questa [Rivista](#), Studi 2018/III, 488 ss.

con quelli emergenti da altre esperienze, tenendo altresì conto del ruolo giocato sulla scena da altri operatori (e, segnatamente, da un canto, dalla Corte di Strasburgo e, dall'altro, dai giudici comuni).

Un dato, tuttavia, è ricorrente e sembra connotare un complessivo *trend* della giurisprudenza costituzionale, specie nelle sue più recenti e salienti espressioni; ed è quello della vigorosa tendenza della Consulta a sottolineare la centralità del proprio ruolo, specificamente sul terreno sul quale maturano le esperienze riguardanti il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali.

Per ragioni di spazio farò ora riferimento solo ad alcune delle pronunzie che, a mia opinione, danno la più emblematica testimonianza di quest'orientamento, tralasciando i riferimenti ad ambiti materiali di esperienza estranei all'oggetto specifico di questo studio. Si tratta, peraltro, di decisioni molto note ed accesamente discusse, sì da non richiedersi che se ne dia nuovamente neppure una sintetica illustrazione, specie per i profili di merito che hanno portato alla loro adozione, e dunque ad esse si farà ora richiamo unicamente per l'aspetto qui di specifico interesse.

Comincio da un paio di decisioni esse pure concernenti in modo diretto le relazioni tra diritto eurounitario e diritto interno, alle quali va assegnato uno speciale rilievo a motivo del fatto che riguardano le antinomie coinvolgenti norme di origine esterna dalla natura materialmente costituzionale.

Mi riferisco, in primo luogo, alla [sent. n. 269 del 2017](#), una delle pronunzie che hanno fatto – possiamo ormai dire – la storia dei rapporti tra il diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario e il diritto interno, registrandosi in essa una svolta per ciò che attiene al modo con cui le antinomie suddette vanno risolte.

Non v'è commentatore della decisione in parola, che io sappia, che non abbia messo in evidenza la manovra di “riaccentramento” – come da molti è stata chiamata – posta in essere dal giudice delle leggi, per il fatto di aver avvocato a sé la cognizione anche di antinomie risultanti da norme interne che dispongano in violazione di norme *self executing* della Carta dei diritti dell'Unione sostanzialmente coincidenti con norme della Costituzione.

La Corte mette dunque da canto qui – come si è fatto altrove notare – il *criterio strutturale*, che attiene al modo di essere degli enunciati, al loro cioè presentarsi idonei ad esprimere norme autoapplicative, per far posto ad un *criterio assiologico-sostanziale* puro, che fa riferimento alla natura del parametro violato, al suo essere dato da norme espressive di valore in grado eminente, quali sono appunto quelle prodotte da un documento “tipicamente costituzionale”, come la Consulta efficacemente qualifica la Carta suddetta.

Al fine di centrare l'obiettivo prefissosi, la Corte fa luogo ad una duplice forzatura: per un verso, rivendica per sé il titolo di stabilire a quali norme dell'Unione possa essere riconosciuta diretta efficacia (*rectius*, applicazione) in ambito interno<sup>15</sup>, con palese incisione di una competenza riconosciuta come propria, in ultima istanza, del giudice sovranazionale<sup>16</sup>, e, per un altro verso,

---

<sup>15</sup> ... pretesa, questa, peraltro, ripetuta anche nella pronunzia di fine-partita su *Taricco* e in altri casi ancora. Va, nondimeno, avvertito che, per quanto le due formule, di cui al testo, siano spesso utilizzate in modo promiscuo (e qui pure, per scorrevolezza espositiva, sia talora fatto), la loro distinzione è da tenere ferma, se si conviene che – come si è tentato di mostrare altrove – anche norme sovranazionali prive dell'attitudine ad essere portate subito ad applicazione sono, in realtà, efficaci in ambito interno, altrimenti non potrebbero neppure spiegare il vincolo alla loro specificazione-attuazione [ragguagli sul punto nel mio *Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione*, in AA.VV., *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, a cura di M. Distefano, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 65 ss., nonché in *Rivista AIC*, 2/2015, 15 maggio 2015; cfr., in tema, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano 2018, e A. IERMANO, *L'effetto diretto nelle situazioni triangolari e i relativi “limiti” nei rapporti internazionali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1/2018, 1 marzo 2018, 27 ss.; L.S. ROSSI, *The relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and Directives in horizontal situations*, in *EU Law Analysis*, 25 febbraio 2019].

<sup>16</sup> Con riferimento alla *pronuncia di fine-partita su Taricco, la n. 115 del 2018*, è stata prontamente rilevata dai più attenti annotatori con non celata preoccupazione [tra gli altri, da D. GALLO, *La Corte costituzionale chiude la “saga Taricco”: tra riserva di legge, mancata (?) opposizione del controlimito e implicita negazione dell'effetto diretto*, in AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, cit., 387, e C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Diritti Comparati*, 5 giugno 2018].

delimita il potere di rinvio pregiudiziale dei giudici comuni, circoscritto a “profili” diversi da quelli denunziati nell’atto con cui è proposta una questione di legittimità costituzionale avente per parametro una norma della Carta di Nizza-Strasburgo sostanzialmente coincidente con norma della Costituzione, questione quindi definita con sentenza di rigetto<sup>17</sup>; una delimitazione peraltro – come si dirà a momenti – venuta meno con la [sent. n. 20 del 2019](#), seguita dalla sent. n. [63](#).

Il punto è stato – come si sa – molto discusso e non giova ora tornare nuovamente a toccarlo. Rammento solo che, a giudizio di molti commentatori, con la [269](#) si sarebbe fatto luogo ad una inversione dell’ordine temporale di svolgimento della pregiudizialità “comunitaria” (*rectius*, eurounitaria) e della pregiudizialità costituzionale, dovendosi appunto dare – si dice – ormai la precedenza a quest’ultima<sup>18</sup>. Già in altri scritti a commento alla decisione in parola<sup>19</sup> mi sono, invece, dichiarato dell’idea secondo cui la novità (ovviamente, non da poco) rispetto all’indirizzo dapprima delineato starebbe nel fatto che il giudice nazionale d’ora innanzi sarebbe libero di determinarsi come crede per ciò che attiene alla successione temporale delle due pregiudizialità. D’altro canto, non vedo come si possa precludere al giudice che abbia bisogno di avere lumi dalla Corte dell’Unione circa il retto significato di un enunciato della Carta di Nizza-Strasburgo di interpellare appunto la Corte stessa, se non altro al fine di verificare se ricorra la condizione della sostanziale coincidenza delle norme-parametro, dalla [269](#) richiesta per poter investire la Consulta della relativa questione<sup>20</sup>. Non ho dubbi, ad ogni modo, e tengo qui nuovamente a ribadire che, *dal punto di vista del giudice costituzionale*, non meriti neppure di essere presa in considerazione l’ipotesi che la Carta dell’Unione possa dare il riconoscimento ad un diritto che non sia perlomeno nella stessa misura salvaguardato dalla nostra legge fondamentale, mentre può ben immaginarsi il caso inverso di una più avanzata tutela in ambito interno. Ancora nella [sent. n. 388 del 1999](#), sopra richiamata, la Corte enuncia con molta chiarezza quest’idea della *superiorità culturale* – se così vogliamo chiamarla –, prima ancora che positiva<sup>21</sup>, della nostra rispetto alle altre Carte.

---

<sup>17</sup> Si presti attenzione al fatto che, tanto qualora dovesse aversi la caducazione di norma interna contraria a norma della Carta dell’Unione quanto per la eventualità del rigetto della relativa questione di legittimità costituzionale, possa comunque aversi l’applicazione diretta della Carta stessa: nell’un caso, laddove, venuta meno la norma nazionale, non si dia in ambito interno alcuna norma buona per il caso e, dunque, l’operatore debba ricorrere alla norma sovranazionale; nell’altro, laddove, adita in via pregiudiziale la Corte dell’Unione – ciò che la stessa [sent. 269](#), come si è veduto, ammette, ancorché per profili diversi da quelli denunziati nell’atto di apertura del giudizio di costituzionalità –, da quest’ultima venga una risposta che solleciti la non applicazione della norma interna. Di modo che, a conti fatti, la seconda ipotesi potrebbe venire a rifluire nella prima, portando all’esito sopra indicato.

<sup>18</sup> Così, tra gli altri, G. SCACCIA, *L’inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 gennaio 2018, e, dello stesso, *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 6/2017, 2948 ss.; nella stessa *Rivista* (e sia pure con riferimento a talune ipotesi puntualmente descritte), G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, 2955 ss.; più di recente, v. R. ROMBOLI, *Dalla “diffusione” all’“accentramento”: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, I, 2226 ss.; altri riferimenti in G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, cit.; D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, cit., spec. 229 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, cit., 101 ss. e 122 ss., e spec. C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in AA.VV., *Il “dialogo tra le corti” parla anche di processo penale*, cit., 20 ss., e, ora, C. PANZERA, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della “doppia fedeltà”. L’esperienza italiana*, cit., § 8.

<sup>19</sup> ... tra i quali, [Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile](#), in questa [Rivista, Studi 2018/III](#), 548 ss., spec. 561.

<sup>20</sup> Anche, poi, a prescindere dal caso della coincidenza delle norme in parola, qualora il giudice intenda denunziare la violazione di norme della Carta dell’Unione o – ci dice ora la [sent. n. 20 del 2019](#) – di altra fonte eurounitaria ad essa connessa e idonea a dare protezione ai diritti, è evidente che potrebbe avere necessità di ricevere delucidazioni dalla Corte dell’Unione circa il retto significato della disciplina sovranazionale, ancora prima dunque di determinarsi a far luogo alla eventuale prospettazione della questione di costituzionalità.

<sup>21</sup> Ad oggi, la giurisprudenza è infatti ferma nel ritenere comunque obbligata ogni norma di origine esterna (comprese, dunque, quelle risultanti dalla Carta di Nizza-Strasburgo) a prestare osservanza ai principi fondamentali di diritto interno (i c.d. “controlimiti”), nel mentre le norme delle Carte diverse da quella dell’Unione – come si vedrà meglio a breve – sarebbero tenute a mostrarsi rispettose di ogni norma della Costituzione. Come si è, però, fatto in altri



Sta di fatto che, pur laddove la Consulta sia interpellata per prima (secondo numerosi annotatori della [269](#), doverosamente; a mia opinione, come si è veduto, solo eventualmente), non si capisce quale mai potesse essere il fondamento della pretesa, ventilata nella [269](#), volta a circoscrivere le domande di rinvio pregiudiziale ad “altri profili” rispetto a quelli fatti valere davanti alla Consulta stessa.

Sul punto, di cruciale rilievo, pronta è stata la reazione tanto da parte della Corte di giustizia<sup>22</sup> quanto dei giudici comuni (e, segnatamente, della Cassazione), sollecitandosi un “chiarimento” (in buona sostanza, un ripensamento)<sup>23</sup> che – come si accennava poc’anzi – si è quindi finalmente, seppur implicitamente, avuto con [la sent. n. 20 del 2019](#). La stessa Cassazione, peraltro, per bocca di suoi autorevoli componenti<sup>24</sup>, non ha mancato di manifestare *apertis verbis* il proprio dissenso rispetto all’indirizzo inaugurato dalla [269](#); e va invero dato atto alla Consulta di aver offerto con le [sentt. nn. 20 e 63 del 2019](#) buona prova – perlomeno per il profilo ora considerato – di ascolto delle ragioni prospettate dalla Cassazione, spianando la via ai giudici comuni per la presentazione di domande in via pregiudiziale a tutto campo, senza dunque limitazioni di sorta. In compenso, tuttavia, la Consulta ha impresso una ulteriore, poderosa spinta in avanti alla manovra di “riaccentramento”, cui si è dietro fatto cenno, avocando alla propria cognizione non soltanto i casi di denuncia della violazione di norme della Carta dell’Unione sostanzialmente coincidenti con norme della Costituzione ma anche di ogni altra norma e, persino, di norme prodotte da fonti di diritto derivato che stiano in un rapporto di “connessione” con le prime, concorrendo perciò esse pure alla salvaguardia dei diritti e, perciò, partecipando del regime proprio della Carta suddetta. Insomma e in breve, ogni volta che una questione abbia “rango costituzionale” – come la Consulta lo definisce nella [20](#) –, essa va comunque portata al sindacato di costituzionalità.

Si tratta di un’affermazione di straordinario rilievo, che dischiude scenari ad oggi imprevedibili, comunque idonei a determinare una forte e pressoché non arginabile contrazione dell’area in cui si dispiega il meccanismo dell’applicazione diretta delle norme sovranazionali *self executing*<sup>25</sup> e che potrebbe, di conseguenza, alimentare reazioni anche aspre da parte sia del giudice dell’Unione sia dei giudici comuni, a riguardo delle quali tuttavia nulla ad oggi possiamo dire. Istruttiva si presenta, peraltro, l’esperienza maturata all’indomani della [269](#), che ha offerto indicazioni che inducono ad una seria e disincantata riflessione. Il dato più saliente mi pare che sia venuto dai giudici comuni; e, invero, sembra innegabile, al di là delle esplicite manifestazioni di dissenso sopra richiamate, la

---

luoghi notare, è assai difficile immaginare una Carta dei diritti che entri in conflitto con norme della Costituzione inespresse di principi fondamentali o, come che sia, da questi non “coperte”. Per altro verso, non è affatto detto che ogni contrasto con i principi in parola comporti di necessità la caducazione della norma che se ne renda responsabile, *da qualunque fonte prodotta* (di origine interna o esterna che sia). Si tratta, infatti, di verificare, alla luce del canone fondamentale della massimizzazione della tutela, se la norma in questione, seppur incompatibile con questo o quel principio, porti comunque ad un innalzamento complessivo della tutela dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, vale a dire se offra, o no, un adeguato servizio alla Costituzione come “sistema”. Ed è solo all’esito di un’operazione di ponderazione assiologica siffatta, assiologicamente ispirata, che può dunque stabilirsi se possa, o no, essere azionata nella singola circostanza l’arma dei “controlimiti”.

<sup>22</sup> Tra le altre, v. Corte giust., Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global Starnet*; Grande Sez., 24 ottobre 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*, e 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*; altri riferimenti nello scritto sopra cit. di C. AMALFITANO, ult. par.

<sup>23</sup> Così, nella ord. n. 3831 del 2018 della Cassazione, II Sez. civ.

<sup>24</sup> Così, *apertis verbis*, soprattutto Cass., sez. lav., 10 gennaio 2019, *Canestri c. ICCREA Banca*, ric. 2553-2014, pp. 47-48; della stessa Cass., sez. lav., v., già, nn. 12108 e 13678 del 2018.

<sup>25</sup> Quest’esito era peraltro stato già paventato in sede di primo commento della [269](#) nel mio *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euorunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in [Diritti Comparati](#), 3/2017, 18 dicembre 2017, spec. al § 4; ad esso faccio nuovamente riferimento nella mia nota alla [20 del 2019](#), dal titolo [La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto euorunitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro \(a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019\)](#), in questa [Rivista, Studi 2019/I](#), 113 ss.; v., inoltre, utilmente, O. POLLICINO - G. REPETTO, *Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, in [Verfassungsblog](#), 27 febbraio 2019; G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all’orientamento della Corte di giustizia?*, in [Questione Giustizia](#), 4 marzo 2019, e R.G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s’ha da fare o no?*, in [Giustizia Insieme](#), 5 marzo 2019.

reazione tacitamente venuta dall'intero corpo dei giudici che *in nessun caso* – salvo un eventuale mio errore – hanno dato seguito, nel tempo trascorso dalla venuta alla luce della [269](#), alla sollecitazione di quest'ultima volta a sollevare questioni di legittimità costituzionale nelle quali sia denunciata la violazione di norme della Carta dell'Unione sostanzialmente coincidenti con norme della Costituzione<sup>26</sup>. Si sono, sì, avuti casi nei quali tra i parametri ritenuti violati figurano anche norme dell'una Carta, comunque diverse da norme costituzionali considerate lese per motivi parimenti diversi. Il timore – come si è in altri luoghi fatto notare – è allora che, pur di non dare seguito alle indicazioni della [269](#), si sia agevolata la “fuga” dal sindacato accentrato attraverso un uso esasperato delle tecniche interpretative, e segnatamente di quella dell'interpretazione conforme.

Non siamo in grado né di confermare né di smentire questa ipotesi ricostruttiva: i casi di questioni di costituzionalità sollevate dalle parti e respinte dai giudici sfuggono in larga misura al monitoraggio delle esperienze processuali. Si è infatti in presenza di un “sommerso” che, al pari della montagna nascosta di un *iceberg*, si sottrae alla vista. Certo si è, ad ogni buon conto, che, anche al di là della vicenda ora in esame, non è affatto di raro riscontro – come si sa – l'utilizzo esasperato delle tecniche interpretative, agevolato peraltro da ritardi e carenze del legislatore nel far luogo all'adozione di discipline normative largamente attese dalla comunità governata<sup>27</sup>. La “supplenza” dei giudici è un fattore ormai endemico di torsione istituzionale ed è di poca (o nessuna) consolazione la circostanza che essa – come la stessa Consulta ha anni addietro rilevato, per bocca del suo Presidente *pro tempore*<sup>28</sup> – non sia né “richiesta” né “gradita”. Sta di fatto che una spinta vigorosa a questo *trend* potrebbe esser data proprio dalla decisa presa di posizione assunta dal giudice costituzionale con la [269](#), quindi ulteriormente confermata dalla [20](#), che, se, per un verso, elimina – come si è rilevato – la strettoia dapprima artificiosamente posta all'esercizio del rinvio pregiudiziale, per un altro verso però schiaccia in vistosa misura il potere-dovere dei giudici di fare subito applicazione di norme eurounitarie che danno salvaguardia ai diritti; e, per quest'ultimo aspetto, è pressoché certo che il nuovo orientamento della Consulta risulterà non gradito ai giudici stessi, oltre che ovviamente alla Corte dell'Unione.

Il dato sopra riportato – come si diceva – deve far riflettere. Perché in un contesto segnato da ripetute e diffuse torsioni di ordine istituzionale le novità introdotte dalle [sentt. nn. 269 del 2017 e 20 del 2019](#) possono solo – a me pare – aggravare lo stato delle cose, non già offrire il proprio concorso per un ristabilimento della normalità costituzionale (e, con essa, di feconde relazioni tra gli operatori). E non è inopportuno rammentare che, scemando o addirittura smarrendosi la tipicità dei ruoli istituzionali, palese sarebbe il *vulnus* recato ad uno dei principi portanti l'edificio costituzionale, ad uno dei due elementi costitutivi dell'idea di Costituzione, per come l'abbiamo ereditata dalla nobile tradizione politico-istituzionale affermatasi sul finire del secolo XVIII e testimoniata dalla mirabile formula racchiusa nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

Se una delle due gambe su cui cammina, nel suo sofferto ed affannoso incedere, lo Stato costituzionale traballa o viene meno, cade altresì l'altra che sulla prima si appoggia<sup>29</sup>. La garanzia dei diritti, pur astrattamente riconosciuti nella Carta, non può infatti aversi in modo adeguato, effettivo, laddove dovesse assistersi allo smarrimento della separazione dei poteri, pur nelle forme

---

<sup>26</sup> Ho anticipato questa notazione nel mio [Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile](#), cit., 548 ss., spec. 562.

<sup>27</sup> Se ne sono avute ripetute ed inequivoche testimonianze nell'ambito materiale in cui maturano le vicende di biodiritto, con specifico riguardo a quelle d'inizio e fine-vita.

<sup>28</sup> ... in occasione della Conferenza stampa relativa all'anno 2004 tenuta dal Presidente G. ZAGREBELSKY.

<sup>29</sup> Sullo stato di salute dello Stato in parola preoccupate notazioni hanno, tra gli altri e di recente, manifestato S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2016, 331 ss.; A. SPADARO, *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo Stato*, 8/2017, 139 ss.; V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto e il ruolo del giudice, oggi*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2018, 7 maggio 2018, e, se si vuole, il mio *Lo Stato costituzionale e le sue “mutazioni genetiche”*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 837 ss.; da ultimo, i contributi su *Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*, che sono in *Nomos*, 2/2018. Il *mix* imperante di populismo e nazionalismo esasperati, ovviamente, non incoraggia circa i prossimi sviluppi e la complessiva tenuta della forma di Stato affermatasi nei Paesi di tradizioni liberali.

moderate sue proprie.

V'è di più. In un contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata, l'applicazione diretta delle norme prodotte dall'Unione è (e deve restare) un punto fermo, senza il quale non avrebbe alcun senso la ragione stessa dello stare assieme, dell'Unione in quanto tale appunto.

Delle due allora l'una. O si ritiene in partenza che le norme di una Carta dei diritti (e, segnatamente, della Carta di Nizza-Strasburgo) sono tutte prive di siffatta attitudine ovvero si ammette che almeno alcune (se non tutte) la possiedono e sono in grado di esprimerla, specie nei casi maggiormente spinosi e complicati (e proprio la materia penale, della quale in occasione del nostro incontro siamo specificamente chiamati a trattare, offre numerosi esempi in tal senso). Privare però di efficacia (o, meglio, applicazione) diretta alcune norme della Carta in parola e – più ancora – estendere in modo incontrollato questo trattamento ad altre fonti sovranazionali, a mia opinione, non si può e – ciò che è peggio – nuoce, in fin dei conti, proprio ai diritti, specie se si considera, per un verso, che possono darsi casi di mancanza di norme di legge che specificamente li riguardino e, per un altro verso, che permangono alcune zone franche e si danno talune strutturali carenze del sistema di giustizia costituzionale, malgrado gli sforzi – come si sa – prodotti, specie negli anni a noi più vicini, al fine di contenerle fin dove possibile.

Ora, con riguardo alla prima evenienza non si riesce a capire quale mai possa essere il fondamento della mancata applicazione diretta della Carta dell'Unione, alla quale invece – come si è dietro segnalato – potrebbe pur sempre farsi luogo<sup>30</sup>, laddove un riconoscimento siffatto si abbia – com'è noto – a beneficio della Costituzione<sup>31</sup>, tanto più poi se si considera che il vigore della Carta è ammesso dal Trattato di Lisbona che fa ad essa richiamo, al quale si è provveduto a dare esecuzione in ambito interno con le forme usuali. In altri termini, applicare la Carta non è altro che applicare una legge dello Stato, sia pure del tutto peculiare, qual è appunto quella che ha dato efficacia interna al Trattato.

Quanto, poi, alla seconda evenienza, seguitare a proporre stancamente l'argomento per cui la violazione della Carta dell'Unione e, ora, anche di altri documenti normativi a questa connessi può essere portata unicamente alla cognizione del giudice costituzionale, pur nella consapevolezza della sussistenza delle zone e carenze suddette, sarebbe un autentico suicidio teorico, suonerebbe cioè come una beffa per i diritti che, in tal modo, rischiano di restare sguarniti di una effettiva ed apprezzabile tutela<sup>32</sup>. A quest'esito inquietante ci si potrebbe sottrarre solo in un modo: ritenendo che, per il mero fatto della temuta violazione della Carta dell'Unione o di altra fonte ad essa strettamente connessa, si giustifichi *sempre* la rimessione degli atti alla Consulta, *si abbia o no la rilevanza della questione*.

Sappiamo che, specie di recente, la giurisprudenza costituzionale ha messo, con una certa disinvoltura, da canto la regola della incidentalità<sup>33</sup>: lo ha fatto in materia elettorale e lo ha fatto

---

<sup>30</sup> Come si vedrà a momenti, il ragionamento vale, *mutatis mutandis*, altresì per altre Carte, quale la CEDU, alle quali la Consulta tenacemente nega l'attitudine ad essere portate ad immediata applicazione.

<sup>31</sup> Si pensi, per tutti, al caso *Englaro*; in relazione a questa e ad altre circostanze, nel corso delle quali si è supplito alla carenza di disposizioni di legge facendo subito valere per la risoluzione del caso i principi della Carta costituzionale, in realtà, come si è fatto notare altrove, dovrebbe discorrersi non già di "applicazione" bensì di "attuazione" diretta della Costituzione, avendo il giudice prodotto, sia pure con effetti circoscritti alla specifica vicenda processuale, una regola desumendola (a rime non "obbligate"... ) dai principi stessi, analogamente a ciò che ad es. si ha ogni qualvolta, in attesa dell'intervento del legislatore, si crei una regola desumendola da una pronuncia additiva di principio della Corte costituzionale ovvero da una decisione-pilota della Corte europea. Di contro, secondo un'accreditata dottrina [M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché, ora, *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della Costituzione"*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.], il giudice farebbe sempre e solo "applicazione" delle disposizioni di legge.

<sup>32</sup> Ho anticipato questo rilievo nel mio [La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro \(a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019\)](#), cit., 119.

<sup>33</sup> In tema, la discussione è assai accesa, anche con contributi di respiro monografico (v., almeno, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale

anche, in particolare, in un caso – quello di cui alla [sent. n. 10 del 2015](#) – in cui erano in gioco i diritti<sup>34</sup>. Immaginare, però, che ciò possa aversi a tappeto ogni qual volta si faccia questione della osservanza della Carta di Nizza-Strasburgo o di altra fonte ancora è, invero, assai arduo ed anche non poco preoccupante: il rischio che alla lunga possa “saltare” del tutto il collaudato meccanismo di sindacato sulle leggi in via incidentale è, dunque, incombente.

Infine, non si trascurino i limiti intrinseci del nostro sistema di giustizia costituzionale, inadeguato a sradicare taluni effetti prodotti da norme dichiarate costituzionalmente illegittime, salvi i casi in cui le stesse siano dichiarate “inesistenti”<sup>35</sup>; ciò che – come si vedrà a breve – la Corte ha invero talora fatto ma, appunto, in casi estremamente sporadici; e, comunque, pure al ricorrere di quest’ultima evenienza, non si capisce perché non dovrebbe riconoscersi, in primo luogo, al giudice comune il potere-dovere di rilevare la “inesistenza” in parola. Sta di fatto che il regime da noi invalso dell’annullamento solo *pro futuro* e, in modo comunque limitato, anche *pro praeterito* può comportare pregiudizi anche gravi ai diritti che, con specifico riguardo alle antinomie tra norme interne e norme eurounitarie *self executing*, potrebbero invece essere parati sul nascere.

Quel che, al tirar delle somme, importa è che, negandosi l’applicazione diretta anche di norme sovranazionali *self executing*, vengono ancora una volta messi in ombra gli elementi d’integrazione e rimarcati invece quelli di separazione tra gli ordinamenti. Il pendolo, come si vede, oscilla vistosamente, a tutto campo, con riflessi di ordine istituzionale di grande momento, senza che risulti, a conti fatti, agevolata la “europeizzazione” dei diritti fondamentali.

4. *Le aperture esibite da [Corte cost. n. 63 del 2019](#) ed alcuni esiti che potrebbero conseguire all’esercizio del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici comuni: cortocircuito o concorrenza delle tutele (e ruolo “sussidiario” di quella apprestata dalla Consulta)?*

Una importante testimonianza, nondimeno bisognosa di ulteriori conferme, di siffatta oscillazione si è avuta da ultimo ad opera della già richiamata [sent. n. 63 del 2019](#): una decisione uscita proprio ieri, sulla quale mi riservo di tornare a riflettere con maggiore attenzione, che nondimeno si segnala – per ciò che ai fini di questo studio maggiormente importa – per un passaggio argomentativo contenuto nel punto 4.3 del *cons. in dir.* nel quale si riconosce il potere del giudice comune di rivolgersi in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte dell’Unione “*anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare ... la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta*”.

Come si vede, si fa qui luogo ad un duplice riconoscimento: del potere del giudice di interpellare *in ogni tempo* la Corte sovranazionale e, per logica conseguenza, nel caso che ciò si abbia prima della presentazione di una questione di legittimità costituzionale, di disapplicazione della norma interna incompatibile con la Carta dell’Unione. È vero che l’ipotesi della disapplicazione è presa in considerazione con specifico riguardo al caso di rinvio pregiudiziale presentato dopo la conclusione del giudizio di costituzionalità (con esito evidentemente di rigetto della questione); ciò che, forse, tradisce la velata preferenza per la prospettazione in prima battuta del dubbio di costituzionalità alla

---

Scientifica, Napoli 2018, spec. 67 ss.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018).

<sup>34</sup> In realtà, in quest’ultima circostanza, i diritti lesi dalla legge dichiarata incostituzionale non sono stati dal giudice delle leggi protetti, essendosi data la precedenza ad altri interessi costituzionalmente meritevoli di tutela. Lo strappo operato dalla Consulta ai canoni che stanno a base dell’esercizio della giurisdizione costituzionale è, nondimeno, risultato sgradito al giudice remittente che vi ha opposto resistenza, disapplicando ugualmente la disciplina normativa giudicata costituzionalmente illegittima; e la Corte ha mostrato acquiescenza a siffatta reazione non sollevando davanti a se stessa, come pure avrebbe potuto, un conflitto da menomazione. La conclusione della vicenda è molto istruttiva e testimonia che non sempre le decisioni della Consulta ricevono il loro lineare e fedele seguito nelle aule in cui si amministra la giustizia comune; stabilire, tuttavia, qual è il tasso d’inosservanza dei verdetti del giudice delle leggi sarebbe un’impresa praticamente disperata, specie laddove si voglia prestare attenzione non soltanto all’operato dei giudici che sollevano le questioni di costituzionalità ma anche ai giudici restanti, sui quali i riflettori restano abitualmente spenti.

<sup>35</sup> Anche per questo rilievo, v. la mia [op. et loc. ult. cit.](#)

Consulta. E però la circostanza per cui il rinvio stesso può aversi *anche* prima della rimessione degli atti al giudice costituzionale spiana la via – a me pare – alla disapplicazione immediata della norma nazionale, ove quest’esito sia sollecitato dalla risposta del giudice eurounitario.

Ebbene, in siffatta congiuntura rischia di determinarsi – come si è fatto già in altri luoghi notare<sup>36</sup> – un “cortocircuito” del sistema, per come rispettivamente visto dall’una e dall’altra Corte: quella eurounitaria, col conforto della Cassazione, considerando come unica soluzione praticabile, in caso di acclarata antinomia, l’applicazione immediata della norma sovranazionale *self executing*; la Consulta, di contro, richiedendo nella [269](#) (e senza essersi da siffatta indicazione apertamente discostata con le pronunzie di quest’anno) il necessario ricorso al sindacato accentrato di costituzionalità, che dunque nel caso ora in esame parrebbe doversi nuovamente avere, in deroga peraltro all’effetto preclusivo discendente in capo al giudice *a quo* dalle decisioni di rigetto. Quel che è certo – perlomeno ad oggi... – è che la Corte delle leggi conferma implicitamente nella [63](#) l’orientamento manifestato dalla [20](#) (peraltro – come si è detto –, a mia opinione, già desumibile dalla [269](#)) favorevole a rimettere al giudice comune la scelta della prima mossa.

Si potrebbe allora affacciare una lettura *in bonam partem* del nuovo indirizzo avvalorato dalle decisioni di quest’anno, assumendo cioè che nessun cortocircuito in realtà si abbia una volta che il giudice abbia imboccato la strada che porta a Lussemburgo per il tramite del veicolo apprestato dal rinvio pregiudiziale, nel senso che la presentazione di quest’ultimo metterebbe in moto un rimedio alternativo a quello di un reiterato sindacato di costituzionalità, al quale perciò non potrebbe più farsi ricorso a seguito di una risposta venuta dal giudice dell’Unione che solleciti l’applicazione diretta della norma sovranazionale in vece di quella interna con essa incompatibile<sup>37</sup>.

Detto altrimenti, per questa lettura, la Consulta si renderebbe disponibile ad accettare qualunque soluzione dovesse essere ritenuta preferibile dal giudice comune, per ciò stesso configurando come meramente “sussidiario” il proprio ruolo a garanzia dei diritti fondamentali rispetto a quello direttamente svolto dai giudici comuni, confortati dal responso dato dalla Corte di giustizia: un ruolo, nondimeno, che il giudice delle leggi lascia intendere essere particolarmente efficace per il fatto che, una volta investito di una questione di “costituzionalità-eurounarietà”, dispone di strumenti di garanzia idonei a rimuovere il vizio sin dalle sue radici, annullando con effetti *erga omnes* la norma interna contraria al diritto sovranazionale.

Qui è il cuore della questione oggi nuovamente discussa. Perché – checché ne dica la Consulta, col ritenere parimenti percorribili sia la via che porta a Lussemburgo sia l’altra che dà modo subito al sindacato accentrato di costituzionalità di farsi valere – la osservanza della *Grundnorm* dell’applicazione immediata delle norme *self executing* dell’Unione, ricorrendo le condizioni per la sua messa in atto, non è affatto demandata al libero apprezzamento del giudice comune, che potrebbe perciò tardare a darla ovvero non farvi affatto luogo, col mero fatto di sospendere il giudizio e prospettare un dubbio di costituzionalità alla Consulta. Pertanto, quest’ultima non può, a mio modo di vedere, lavarsi pilatescamente le mani e scaricare – come, invece, reputa di poter fare – sul giudice comune la responsabilità della mancata applicazione diretta, rendendosi perciò fatalmente corresponsabile del *vulnus* recato al canone fondamentale in parola, non compensato né compensabile dall’*eventuale* (e – si badi – non garantito) riconoscimento ad opera del giudice costituzionale della violazione del diritto sovranazionale, seguito dall’annullamento della norma interna che vi abbia fatto luogo<sup>38</sup>. Il vero è che – come si è tentato di mostrare altrove<sup>39</sup> – l’ottimale

---

<sup>36</sup> ... ancora da ultimo, nella mia nota alla [20 del 2019](#), [La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro \(a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019\)](#), cit., 113 ss., spec. 118.

<sup>37</sup> Ovviamente, un nuovo ricorso alla Consulta non avrebbe senso neppure nel caso opposto che la Corte di giustizia lasci intendere che non si abbia alcuna lesione del diritto sovranazionale, riprendendo qui pieno vigore la regola della preclusione in ordine alla presentazione della medesima questione nello stesso grado di giudizio. Di contro, laddove l’interpello del giudice eurounitario dovesse aversi prima dell’eventuale giudizio della Consulta, quest’ultimo potrebbe pianamente svolgersi nel caso che risulti esclusa la lesione suddetta e il giudice sospetti comunque esservi una causa d’incostituzionalità.

<sup>38</sup> Tanto più, poi, a ciò è da assegnare uno speciale significato con riguardo al caso, prefigurato dalla [sent. n. 20 del 2019](#), che non si abbia lesione di una norma della Carta dell’Unione sostanzialmente coincidente con norma della

garanzia dell'osservanza del diritto sovranazionale richiederebbe la messa in atto non già di *strumenti alternativi* bensì *concorrenti*, facendosi seguire alla disapplicazione diretta della norma interna col primo incompatibile il ricorso alla Consulta in vista della sua definitiva caducazione con effetti generali; solo che quest'obiettivo può essere centrato unicamente facendo pagare il costo dell'abbandono della regola della incidentalità, già – come si è segnalato – ripetutamente sacrificata, al quale può farsi luogo unicamente a mezzo di una apposita modifica della disciplina che sta a base dei giudizi di costituzionalità<sup>40</sup>.

*5. L'oscillazione del pendolo tra il corno della integrazione e quello della separazione degli ordinamenti, con riferimento al rilievo assegnato in ambito interno sia alle norme internazionali generalmente riconosciute sia a quelle pattizie, e la necessità di un complessivo ripensamento del modo corrente d'intenderlo tenendo conto non già della natura delle fonti ut sic bensì della "qualità" delle norme dalle stesse prodotte*

L'oscillazione del pendolo tra il corno della integrazione e quello della separazione degli ordinamenti è, poi, vistosa nella giurisprudenza costituzionale relativa ai rapporti tra diritto internazionale e diritto interno. In parte, per vero, ciò ha la sua ragion d'essere nello stesso dettato costituzionale, con l'opzione in esso fatta per un modello di relazioni interordinamentali "duale" che valorizza e rimarca nel massimo grado gli elementi di integrazione con riguardo alle norme internazionali generalmente riconosciute, quelli di separazione invece quanto alle norme pattizie.

Questo schema richiede, tuttavia, oggi un complessivo ripensamento, senza nondimeno che sia fatta violenza alcuna alla lettera della Carta costituzionale. A stare a quest'ultima, parrebbe che si debba tenere ferma la *summa divisio* fondata sulla natura, scritta ovvero non scritta, delle norme aventi origine esterna e, con essa, differenziare il regime di ciascuna specie di norme<sup>41</sup>. La qual cosa è certamente vera per ciò che attiene al modo con cui esse s'immettono in ambito interno ed ivi spiegano gli effetti loro propri, le une norme (pattizie) richiedendo l'adozione di un atto allo scopo adeguato<sup>42</sup>, del quale invece le altre (generalmente riconosciute) fanno a meno<sup>43</sup>. Se tuttavia si

---

Costituzione – ciò che solo, secondo la originaria soluzione delineata nella [269](#), avrebbe giustificato la entrata in campo della Consulta – ma di altra fonte sovranazionale, seppur alla Carta stessa "connessa".

<sup>39</sup> ... nel mio [Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?](#), in questa [Rivista, Studi 2018/I](#), 155 ss.

<sup>40</sup> Non si consideri, ad ogni buon conto, l'intangibilità della legge n. 87 del 1953 un autentico tabù: al tempo in cui essa è stata scritta nulla faceva pensare allo scenario di un costituzionalismo articolato su più livelli, tendenti peraltro a reciprocamente integrarsi, alimentato e sorretto da un intreccio complesso di relazioni tra operatori istituzionali chiamati a cooperare nel servizio viepiù impegnativo e non di rado sofferto quotidianamente reso alla persona ed ai suoi diritti. E, dunque, ove si reputi opportuno (e, forse, ormai necessario) il cumulo delle garanzie, perché mai non farvi luogo senza passare attraverso impervie scorciatoie bensì battendo la via maestra della revisione per via legislativa? Tra l'altro, in tal modo, si recupererebbe un ruolo non secondario ad un legislatore sempre più obbligato a giocare un ruolo secondario sulla scena, quando non addirittura da essa del tutto assente.

<sup>41</sup> ... eccezione fatta del caso, comunque peculiare, di norma pattizia sostanzialmente riproduttiva di norma generalmente riconosciuta; la qual cosa è sufficiente a renderla partecipe del regime proprio di questa. Se ne ha ulteriore conferma del fatto che il regime non sempre né necessariamente è della *fonte ut sic*, idonea a motivo della sua forma o provenienza a detenere un posto "fisso" nel sistema, bensì della singola *norma*, quale che sia la fonte da cui risulta prodotta, tant'è appunto che norme diverse risultanti dal medesimo documento normativo (qui, un trattato internazionale) possono situarsi a gradi diversi della scala gerarchica e ricevere un complessivo trattamento parimenti diverso.

<sup>42</sup> Secondo una tesi molto accreditata, la scelta dello strumento dipenderebbe dal contenuto delle norme bisognose di essere recepite; e, dunque, ove esse dispongano in contrasto con fonti interne di primo grado sarebbe necessario darvi esecuzione con fonte parimenti primaria, mentre potrebbe bastare allo scopo anche un atto di grado inferiore per il caso che il contrasto in parola non si abbia e, di contro, debba farsi luogo ad uno di forma costituzionale laddove si richiedano deroghe a norme di grado superprimario. Fanno eccezione a questa regola – come si sa – i trattati relativi (ieri alle Comunità europee ed oggi) all'Unione, in forza di una (implicita) autorizzazione in tal senso che sarebbe stata operata dall'art. 11 della Costituzione. Si è, però, in altri luoghi argomentata la tesi secondo cui nulla, in realtà, nell'art. cit. si dice a riguardo dei modi con cui le limitazioni di sovranità possono concretarsi e, trattandosi appunto di introdurre limiti ad un principio fondamentale dell'ordinamento (anzi, al primo dei principi, quello della esclusiva spettanza della

guarda alla *intensità del vincolo* o, diciamo pure, alla forza normativa spiegata da tutte tali norme, ci si avvede che essa solo in parte dipende dal modo con cui hanno avuto ingresso in ambito interno e piuttosto è da imputare a *qualità* intrinseche delle norme stesse, a ciò che esse insomma dispongono ed al rapporto che intrattengono coi valori fondamentali dell'ordine interno. Per quest'aspetto – checché ne dicano dottrina e giurisprudenza corrente – in seno al diritto internazionale pattizio, per ciò che qui maggiormente importa, occorre quanto meno distinguere tra le norme delle Carte internazionali dei diritti (e, segnatamente, ai fini di questo studio, della CEDU) e le “comuni” norme pattizie, le prime potendo vantare in ambito interno una “copertura” da parte degli artt. 2 e 3 cost., espressivi della *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla – alla cui luce e in funzione della quale gli stessi principi fondamentali restanti, pur se astrattamente ai primi eguali per dignità e rango, rinvengono la giustificazione della loro esistenza.

Per l'aspetto ora considerato, ci si avvede subito dei limiti ai quali va incontro l'inquadramento usuale, caldeggiato dalla giurisprudenza costituzionale e quindi stancamente ripetuto dalla dottrina corrente, che vede nella Carta dell'Unione una fonte “paracostituzionale” o costituzionale *tout court* e nella CEDU (ed è da pensare in ogni altra Carta) invece una fonte “subcostituzionale”. Andando oltre lo schermo deformante delle *fonti* e puntando diritto alle *norme* dalle stesse prodotte si tocca con mano come nessuna sostanziale differenza possa tra di esse farsi, ove si convenga che tratto comune di tutte le Carte dei diritti è di porsi al servizio della persona umana, riconoscere i diritti ad essa spettanti, salvaguardarne in breve la “esistenza libera e dignitosa”<sup>44</sup>.

Che le cose stiano così come qui sono, in estrema sintesi, rappresentate è, peraltro, confermato dalle stesse Carte; e basti solo al riguardo tenere a mente che la Carta dell'Unione (fonte – si diceva –, *dal punto di vista della teoria delle fonti*, di rango costituzionale) richiede di essere intesa e fatta valere alla luce della CEDU (fonte, invece, considerata priva del rango suddetto). Nel passaggio dal piano della teoria delle fonti a quello della teoria dell'interpretazione, lo schema verticale si capovolge su se stesso, dimostrando *per tabulas* i limiti intrinseci, strutturali, ai quali va incontro ogni sistemazione d'ispirazione formale-astratta. L'unica eccezione, a riguardo della quale ancora una volta le Carte convergono, è data dal principio (o, per dir meglio, dal “metaprinzipio”) della massimizzazione della tutela dei diritti<sup>45</sup>, che presiede alle relazioni tra le Carte e, per ciò stesso, tra gli ordinamenti o sistemi normativi<sup>46</sup> dalle stesse fondati<sup>47</sup>.

---

sovranità al popolo italiano), la soluzione più lineare sarebbe stata quella, peraltro adottata – com'è noto – in altri ordinamenti, del recepimento dei trattati in parola a mezzo di fonte costituzionale. Note ragioni di ordine politico-istituzionale non l'hanno consentito e dubito che la prassi ormai invalsa possa un domani essere innovata nel senso qui ancora una volta patrocinato. Parrebbe, insomma, essersi formata dapprima una convenzione costituzionale, quindi convertitasi in consuetudine profondamente e saldamente radicata nel tessuto ordinamentale ed istituzionale, ancorché a mia opinione contraria a Costituzione. Altra questione, della quale si è in altri luoghi discusso e che però non può essere ora nuovamente ripresa, è se, trattandosi di un'innovazione contraria a principi di base dell'ordinamento, si possa ovvero si debba a riguardo di essa ragionare nel senso che sia espressiva di un vero e proprio processo costituente, sia pure ad oggi non pervenuto alla sua naturale e compiuta maturazione.

<sup>43</sup> Come si dirà meglio a momenti, deve nondimeno venire ad esistenza una norma non scritta di adattamento automatico il cui riscontro, in ultima istanza, la Consulta riserva a se stessa.

<sup>44</sup> Riprendo qui pure una efficace espressione della nostra Carta, specificamente riferita – come si sa – all'ambito del lavoro e però suscettibile di generale valenza.

<sup>45</sup> Copiosa la letteratura che ne ha variamente trattato: riferimenti, di recente, in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. 222 ss., ma *passim*; G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 ottobre 2018; R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in questa *Rivista, Studi 2018/III*, 626 ss.; G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in AA.VV., *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi, FrancoAngeli, Milano 2018, 97 ss., spec. 114 ss.; D. TRABUCCO, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali- astratti a garanzia della superiorità della Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018, 31 dicembre 2018, spec. 10 ss.; T. MAZZARESE, *La giustizia del diritto secondo il costituzionalismo (inter)nazionale e una domanda apparentemente disorientante*, in *Lo Stato*, 11/2018, 78 ss. Critico, R. BIN, in più scritti, tra i quali, ora, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*.

<sup>46</sup> Utilizzo quest'ultimo sintagma per non far torto alla giurisprudenza costituzionale che considera non valevole il primo con riferimento alla CEDU, siccome ritenuta (ad opinione mia e di altri, a torto) priva della “copertura” offerta

Del “metaprincipio” in parola si ha esplicito riferimento – come si sa – nell’art. 53 sia della CEDU che della Carta dell’Unione, mentre fa difetto una espressa indicazione al riguardo in Costituzione; la qual cosa, peraltro, si spiega nella circostanza che all’intero “insieme” delle Carte dei diritti per ragioni di ordine storico la nostra legge fondamentale non fa espressa menzione<sup>48</sup>. Nella sostanza, tuttavia, è l’intero sistema dei valori fondamentali positivizzati che ruota attorno al perno fisso della persona umana, in funzione servente della quale la legge fondamentale della Repubblica si pone e giustifica, a fare proprio il “metaprincipio” suddetto, secondo quanto peraltro è riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale sia con riferimento ai rapporti tra diritto internazionale generalmente riconosciuto e diritto interno sia quanto a quelli tra quest’ultimo e il diritto internazionale pattizio. La stessa apertura al diritto della Comunità internazionale e al diritto sovranazionale, risultante in modo diretto dagli artt. 10 e 11 della Carta, non avrebbe d’altronde alcun senso ove non si ammettesse che essa è stata pensata quale strumentale all’affermazione della coppia assiologica fondamentale suddetta, nel suo fare “sistema” coi principi fondamentali restanti.

Si spiega in questa luce l’affermazione, dietro già richiamata ed espressiva di un’autentica direttiva metodica d’azione indirizzata a tutti gli operatori, secondo cui la Costituzione e le altre Carte hanno da integrarsi a vicenda nella interpretazione; ed in siffatto vincolo c’è già *in nuce* – come si è in altri luoghi mostrato – un preorientamento interpretativo chiaramente e linearmente discendente dal “metaprincipio” suddetto. A quest’ultimo, peraltro, come si diceva, la giurisprudenza ha fatto ripetutamente appello, in specie, sul versante dei rapporti col diritto internazionale consuetudinario, in [Corte cost. n. 238 del 2014](#) e, quanto ai rapporti tra CEDU e diritto interno, [317 del 2009](#). È interessante tuttavia subito notare come persistano tracce marcate del modello ispirato a separazione degli ordinamenti, che la Corte costituzionale piega ed utilizza al fine di rimarcare, a un tempo, la *primauté* della Costituzione e la centralità del proprio ruolo quale interprete e garante della stessa.

Proprio su queste giova ora fermare, sia pure con la consueta speditezza, l’attenzione.

*6. La separazione degli ordinamenti, pur laddove siano in rilievo norme di origine esterna idonee ad immettersi in modo automatico in ambito interno, e l’anomalo “bilanciamento” operato da [Corte cost. n. 238 del 2014](#) tra due entità incommensurabili e non... bilanciabili: la dignità della persona umana e i canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità*

Con la prima delle pronunzie ora richiamate, la Corte non contesta la esistenza di una norma consuetudinaria della Comunità internazionale, quale accertata dalla Corte internazionale di giustizia; rivendica però per sé il potere-dovere di verificarne il vigore in ambito interno per il tramite della norma interna di adattamento della prima: negando la esistenza di questa, dunque, si nega, *dal punto di vista dell’ordine interno*, la esistenza di quella. *La norma internazionale, insomma, c’è (nell’ordinamento di appartenenza) e... non c’è (nell’ordinamento interno)*. Quest’esito, per molti versi singolare, è raggiunto azionando avverso la norma esterna l’arma dei “controlimiti”, in funzione della salvaguardia di diritti insopprimibili della persona, a partire da quello al rispetto della dignità.

Come si vede, la sistemazione dei rapporti interordinamentali è qui operata facendo riferimento a canoni di natura assiologico-sostanziale, in ultima istanza riportabili al “metaprincipio” più volte evocato in questo studio. La Corte, pur di far valere la dignità di persona che molto aveva sofferto per effetto della prigionia patita durante il secondo conflitto mondiale, fa luogo ad un anomalo

---

dall’art. 11 cost., di cui invece gode il diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario. Non si trascuri, tuttavia, la circostanza per cui la stessa [sent. n. 349 del 2007](#) riconosce il carattere “istituzionale” della Convenzione.

<sup>47</sup> Peculiare, di mutuo sostegno, il rapporto che s’intrattiene tra il Trattato di Lisbona e la Carta di Nizza-Strasburgo: il vigore di questa è, infatti, riconosciuto da quello (e, per quest’aspetto, è da esso fondata) ma la Carta, dal suo canto, illumina e fonda il Trattato e l’intero diritto derivato, obbligati a prestarvi ossequio e a darvi svolgimento, concorrendo alla sua implementazione nell’ordinamento dell’Unione e in quello degli Stati membri.

<sup>48</sup> Ha di recente ripercorso questa vicenda, con riferimenti al dibattito alla Costituente, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. al cap. I.



“bilanciamento” tra due entità in realtà incommensurabili e, perciò, non... *bilanciabili*: il valore della dignità e gli stessi canoni che presiedono allo svolgimento dei giudizi di costituzionalità<sup>49</sup>; mette cioè da parte le stesse regole della Carta sul processo costituzionale, a partire da quella che vuole circoscritta la cognizione della Corte alle sole norme prodotte da leggi ed atti aventi forza di legge, qui di contro estesa altresì alla norma non scritta di adattamento automatico al diritto internazionale consuetudinario. Insomma, per dirla in modo chiaro, voleva pronunziarsi *a tutti i costi*, malgrado l’inidoneità dell’oggetto, e dunque l’ha fatto.

V’era, poi, un ulteriore elemento che avrebbe giocato nel senso della inammissibilità (anzi, della manifesta inammissibilità) della questione, sul quale parimenti la Corte sorvola, proprio perché intendeva (e intende) rimarcare la centralità del proprio ruolo, il suo essere il garante primo ed ultimo dei diritti fondamentali; ed era dato dal fatto che, qualificata come “inesistente” la norma oggetto del sindacato, avrebbe potuto (e dovuto) rimandarsene la cognizione al giudice comune, giusta l’aurea regola secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum*. La Corte ha più volte ammesso che, all’interno del *genus* delle violazioni costituzionali, possano darsi accanto a casi di mera incostituzionalità (in senso stretto), quale causa di annullamento dell’atto o della norma che se ne renda responsabile, casi di “anticostituzionalità” o – come pure li ha chiamati altra dottrina – di invalidità “in senso forte”<sup>50</sup>, d’inesistenza insomma. Tutti, però, sono sempre stati attratti – espressamente ovvero implicitamente – nell’orbita della competenza della Corte<sup>51</sup>.

Quale che sia, ad ogni buon conto, il grado o l’intensità del vizio, presupposto necessario per il suo accertamento è il rispetto dei canoni che fondano la competenza dell’organo chiamato a sciogliere i dubbi di costituzionalità e che, dunque, presiedono all’esercizio della competenza

---

<sup>49</sup> Per vero, quanto al primo, in opposizione ad un’accreditata dottrina che ha con acuti rilievi argomentato la sottrazione della dignità a bilanciamento, si schierano altri studiosi invece dichiaratisi favorevoli alla sua partecipazione alle usuali operazioni di ponderazione assiologica [v., rispettivamente, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, al [sito telematico dell’AIC](#), 14 marzo 2008, cui si deve la efficace, notissima, immagine della dignità quale “bilancia” su cui si dispongono i beni della vita in gioco, e, già, in buona sostanza, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., laddove si rileva il carattere “superconstituzionale” del valore della dignità, cui hanno quindi aderito, tra gli altri, C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino 2011, 239 ss.; G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015; C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura - A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 205 ss.; L. PEDULLÀ, *La dignità della persona nel prisma delle giurisdizioni*, in *Ann. dir. cost.*, Bononia University Press, Bologna 2017, spec. 157 ss., e, sul fronte avverso, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., del quale v. inoltre, *I controllimiti e l’eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1270 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.* 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.].

Quanto, poi, agli scostamenti, cui non di rado (e, in specie, di recente) si è assistito da parte della giurisprudenza dai canoni che presiedono all’esercizio della giurisdizione costituzionale, essi sono largamente (e con avvertita preoccupazione) segnalati in dottrina (con particolare vigore, da R. ROMBOLI, in molti scritti, tra i quali, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2995 ss., e *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 607 ss.).

<sup>50</sup> La prima etichetta si deve ad A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.; la seconda a R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*<sup>2</sup>, Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

<sup>51</sup> Ad es., nella già richiamata *sent. n. 269 del 2017*, la Corte non si pone neppure la questione se il contrasto tra legge nazionale e Carta dell’Unione possa essere qualificato in termini di inesistenza della prima, sì da giustificarsene la soluzione ad opera dei giudici comuni e degli operatori in genere; in ogni caso – come si è veduto – attrae a sé lo scioglimento del dubbio, malgrado la sua... *insussistenza*, i casi di inesistenza essendo costituiti da palesi violazioni della Carta; e, se poi, tali non dovessero apparire alle autorità remittenti, una volta che la Consulta ne abbia dato il riscontro, dovrebbe – come qui pure si viene dicendo – rigettare le relative questioni per manifesta inammissibilità. Come si è, infatti, in altri luoghi rammentato, la Corte costituzionale è stata istituita allo scopo di risolvere “controversie”, vale a dire di *sciogliere dubbi*, non già di pronunziarsi su *violazioni certe* della Costituzione; non a caso, d’altronde, l’art. 136 prevede la cessazione *pro futuro* della efficacia delle norme dichiarate costituzionalmente illegittime, implicitamente perciò riferendosi a norme meritevoli di annullamento, non già inesistenti.

medesima. Come ha, infatti, rilevato una sensibile dottrina<sup>52</sup>, “i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini”.

Sta di fatto che il caso ora succintamente richiamato resta emblematico della tendenza a tenere separati gli ordinamenti (e le qualificazioni in ciascuno di essi date), pur laddove gli stessi per Costituzione appaiano reciprocamente integrati. Un obiettivo, questo, che è centrato attraverso una complessa e ardita manovra volta a devitalizzare il ruolo svolto in ambito esterno dalla Corte di giustizia internazionale e, allo stesso tempo, quello esercitato in ambito interno dai giudici comuni, non riconosciuti idonei a risolvere conflitti comunque carichi di valenza assiologica. Di contro, come si è veduto, la soluzione più lineare avrebbe potuto (e dovuto) essere quella, rispettosa del principio d'integrazione interordinamentale e del ruolo istituzionale dei giudici comuni, di demandare a questi ultimi di far valere il “controlimite” del rispetto della dignità della persona qualificando come inesistente la norma interna di adattamento.

*7. Le oscillazioni del pendolo tra schemi d'ispirazione formale-astratta e schemi di natura assiologico-sostanziale nella giurisprudenza costituzionale relativa alla CEDU ed ai suoi rapporti col diritto interno (con specifico riguardo alla incerta e instabile capacità di vincolo della giurisprudenza europea per i giudici comuni e... la stessa Corte costituzionale)*

Oscillante e incerta appare altresì essere la giurisprudenza costituzionale relativa alla condizione della CEDU in ambito interno, specie dopo la svolta maturata con le famose sentenze “gemelle” [nn. 348 e 349 del 2007](#)<sup>53</sup>.

La Corte – come si avvertiva poc'anzi – qui pure risente fortemente del condizionamento esercitato da schemi teorici risalenti e di stampo formale-astratto. Non a caso, ancora oggi è tenuta ferma la qualifica della Convenzione (*rectius*, della legge con cui è stata eseguita in ambito interno) quale fonte “subcostituzionale”. Già dalla prima delle pronunzie con cui è stato inaugurato nel 2007 il nuovo corso e, quindi, in modo maggiormente esplicito specie con la [sent. n. 317 del 2009](#) (la seconda delle “gemelle” cresciute, com'è stata da molti pittorescamente chiamata), tuttavia, nella costruzione teorica d'ispirazione formale s'insinua un elemento assiologicamente connotato, facendosi richiamo al “metapprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti in gioco e giustificandosi, alla sua luce, lo sgravio fatto a beneficio della legge nazionale dell'obbligo di conformarsi alla Convenzione. La Corte (e, sulla sua scia, una benevola dottrina<sup>54</sup>) produce invero, nella decisione da ultimo richiamata, uno sforzo considerevole al fine di comporre armonicamente ad unità l'elemento suddetto e il quadro in cui esso s'inscrive ed opera. Sta di fatto però che qui – piaccia o no – si tratta di fare una scelta di campo, in applicazione di una “logica” esclusivizzante: occorre, cioè, far luogo ad un'opzione tra il criterio formale, che ha riguardo alla *fonte ut sic*, e il criterio assiologico-sostanziale, che dà rilievo alla *norma*, per il modo con cui si dispone al servizio dei valori fondamentali nel loro fare “sistema”.

La Corte, nella [decisione del 2009](#) sopra richiamata, ragiona nel senso che, laddove dovesse dimostrarsi che la legge nazionale evocata in campo dal caso sia in grado d'innalzare il livello della tutela del diritto in gioco, sarà giocoforza far luogo ad un “bilanciamento” tra la regola della osservanza degli obblighi discendenti dal diritto internazionale (nella specie, dalla CEDU), di cui all'art. 117, I c., e la norma costituzionale nei cui riguardi la disciplina legislativa si pone in funzione servente: “bilanciamento” che, alla luce del “metapprincipio” suddetto, di necessità si

---

<sup>52</sup> A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169.

<sup>53</sup> Incontenibile la letteratura a commento: riferimenti in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 79 ss. e 129 ss., ma *passim*, cui *adde*, ora, D. TRABUCCO, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali-astratti a garanzia della superiorità della Costituzione*, cit., nonché l'accurato studio monografico di V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, in corso di stampa.

<sup>54</sup> Part., da ultimo, D. TRABUCCO, nello studio sopra cit., che si rifà, con originali svolgimenti, ad una indicazione di M. Pedrazza Gorlero.

risolve a beneficio della fonte nazionale. In realtà, come si è tentato di mostrare altrove, nessun “bilanciamento” (nella sua ristretta e propria accezione) ha qui luogo, per la elementare ragione che è la stessa Convenzione a volersi ritrarre ed a sfuggire alla “copertura” offertale dal disposto costituzionale appena richiamato ogni qual volta la tutela assicurata in ambito interno al diritto rilevante per il caso si dimostri essere più adeguata di quella risultante dalla Convenzione stessa.

Non è, poi, inopportuno osservare che, nella circostanza che ha dato origine alla [317](#), il (supposto) “bilanciamento” si è risolto a beneficio della norma nazionale, nulla ad ogni buon conto escludendo la eventualità che in altri casi possa aversi l’inverso, non solo – si badi – in sede di raffronto tra Convenzione e legge comune ma anche (e perché no?) in rapporto con la Costituzione. Uno spunto in tal senso, peraltro, si trova ora in [Corte cost. n. 25 del 2019](#), laddove si ammette che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo possa riconoscere, “in determinate fattispecie”, una tutela più ampia<sup>55</sup>; e, come si è in altri luoghi rilevato, quest’esito appare essere generalizzabile (e, perciò, valevole anche nel raffronto tra legge comune e Costituzione (o altra Carta dei diritti))<sup>56</sup>. D’altro canto, la regola della “sussidiarietà” è fatta propria dalla Convenzione in termini generali, a tutto campo: dunque, è da mettere in conto che possa darsi il caso che la Convenzione porti ancora più in alto della stessa Costituzione la salvaguardia del diritto.

Come si vede, qui il rilevato carattere “subcostituzionale”, considerato proprio della Convenzione al piano della teoria delle fonti (o, diciamo meglio, di una *certa* teoria delle fonti, d’ispirazione formale-astratta) è obbligato a recedere in prospettiva assiologicamente orientata.

Il vero è che, ambientando le relazioni tra la Convenzione (e, generalizzando, ogni altra Carta dei diritti<sup>57</sup>) e la Costituzione (e l’intero diritto interno) non già *al piano teorico-astratto* ma tornando a riguardarle *in vivo* o *in concreto*, al piano della teoria della interpretazione, ci si avvede che nessuna aprioristica sistemazione di stampo piramidale può trovare giustificazione alcuna, le Carte giocandosi piuttosto ogni volta la partita alla pari e trovandosi sollecitate ad offrire sul mercato dei diritti la mercanzia migliore di cui dispongono al fine di accattivarsi i favori dei potenziali acquirenti.

---

<sup>55</sup> Il riferimento testuale è tratto dal p. 13 del *cons. in dir.*, nel quale tuttavia si ribadisce il fermo convincimento del giudice costituzionale a riguardo del “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU” (con richiamo alla [sent. n. 49 del 2015](#)). Come si vede, perdurano le oscillazioni di ordine sistematico, di cui qui pure si viene dicendo. Per un primo commento della decisione in parola, v. S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 4 marzo 2019.

<sup>56</sup> E, invero, molti esempi possono addursi a conferma di quest’assunto, non poche volte riscontrandosi nel corpo della legislazione il riconoscimento di diritti di cui non si ha traccia nella Carta ovvero di forme di tutela di diritti dalla Carta stessa menzionati ancora più accresciute di quelle risultanti da quest’ultima. È, poi, pur vero che vigorosa è la tendenza a riportare a previsioni seppur implicite della Costituzione le novità avutesi per mano del legislatore, nell’assunto (in realtà, molte volte forzatamente argomentato) che la Costituzione stessa dica tutto su tutto e che lo dica sempre nel modo migliore. Un esito, questo, che giudico da tempo perdente per la stessa legge fondamentale della Repubblica, oltre che foriero di gravi guasti istituzionali (specie al piano dei rapporti tra giudici e legislatore, cui a breve farò cenno); e, invero, non si rende un buon servizio alla Carta sovraccaricandola di significati e valenze che, a conti fatti, mettono a nudo la strutturale debolezza della Carta stessa, vale a dire la sua incapacità di resistere a manipolazioni semantiche dei suoi enunciati. Di contro, la via piana e lineare da battere è quella di denunziarne le lacune sollecitando il legislatore di revisione a colmarle con lo strumento proprio di questa: una revisione, dunque, che – come qui pure si viene dicendo – può bene avere ad oggetto anche la parte sostantiva della Carta e persino i principi (e i diritti) fondamentali, sempre che si presenti a finalità inclusiva, non già volta ad impoverire o, peggio, disperdere il patrimonio assiologico in essi racchiuso.

<sup>57</sup> ... quale, ad es., la Carta Sociale Europea, cui ha fatto di recente riferimento [Corte cost. nn. 120 e 194 del 2018](#) [a commento della prima decisione, v., tra gli altri, S. STURNIOLO, *Una porta prima facie aperta ma in realtà ancora “socchiusa” per la Carta sociale europea*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 13 luglio 2018; pure *ivi*, G. MONACO, *Il vincolo degli obblighi internazionali e l’utilizzo della Carta Sociale Europea come norma interposta nel giudizio di legittimità sulle leggi*, 20 settembre 2018; G. CANALE, *La libertà di associazione sindacale militare: il primo passo di un cammino ancora lungo (Nota alla sentenza della Corte costituzionale 11 aprile 2018, n. 120)*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 3/2018, 20 novembre 2018; C. SALAZAR, *La Carta sociale europea nella sentenza n. 120 del 2018 della Consulta: ogni cosa è illuminata?*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 905 ss.; da una prospettiva di più ampio respiro, una riflessione sul rilievo della Carta al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario può ora vedersi in A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, cit., 180 ss.].

Dalla prospettiva ora nuovamente adottata, ci si avvede poi che la “logica” dell’*aut-aut*, cui si è sopra fatto cenno, appare essere in ogni caso perdente e foriera di conflitti tra gli operatori, nessuna Corte accedendo di buon grado all’ordine d’idee di dover riconoscere essere la *propria* Carta meno attrezzata di altre a venire incontro alle aspettative dei soggetti portatori di diritti. La “logica” vincente è piuttosto l’altra, dietro già menzionata facendo riferimento alla [sent. n. 388 del 1999](#), sollecitandosi dunque le Carte ad alimentarsi semanticamente a vicenda all’insegna del “metaprinzipio” suddetto, a darsi cioè mutuo sostegno al piano culturale, senza rivendicare ciascuna per sé una *primauté* che sarebbe teoricamente insensata e praticamente irrealizzabile.

Riportate le relazioni tra CEDU e diritto interno al piano della teoria dell’interpretazione, ci si avvede che le indicazioni al riguardo date dalla Corte costituzionale, ancora una volta, sono nel segno della promozione del proprio ruolo quale punto centrale, fermo, di riferimento per la pratica giuridica, specie nelle più complesse ed impegnative vicende processuali coinvolgenti i diritti.

Non indugio – come di consueto – sulle più salienti espressioni della giurisprudenza, a tutti note, e mi limito dunque, una volta di più, a partire da esse fermandomi sui profili maggiormente indicativi del complessivo orientamento della Consulta. Facendo riferimento a quest’ultimo, poi, viene a mettersi in chiaro anche lo scarto esistente tra di esso e gli indirizzi di cui si fanno portatori tanto la Corte EDU quanto i giudici comuni.

Il dato ai fini di questo studio di maggior significato è dato dalla relativizzazione del rilievo della giurisprudenza europea in sede di interpretazione ed applicazione della Convenzione in ambito interno. La Consulta tiene fermo, in premessa, l’obbligo dei giudici nazionali (e, perciò anche di... *se stessa*) di intendere la Convenzione per il modo con cui essa si fa a Strasburgo diritto “vivente”; allo stesso tempo, però, ritaglia spazi non poco estesi a beneficio degli operatori nazionali dando loro modo di potersi sottrarre alla bisogna al *pressing* della giurisprudenza europea. Dapprima, lo fa ricorrendo alla formula sommamente ambigua e non poco discussa della “sostanza”, alla quale soltanto resterebbe circoscritto l’obbligo del rispetto della giurisprudenza stessa; di poi, a partire dalla [sent. n. 49 del 2015](#), si dichiara nel senso che gli operatori suddetti sarebbero vincolati a conformarsi unicamente agli indirizzi interpretativi “consolidati” della Corte EDU ovvero alle sue decisioni-pilota, ai primi equiparati<sup>58</sup>. Non ricorrendo siffatta condizione, sarebbe consentito ai giudici nazionali di discostarsi dalla giurisprudenza europea, specificamente laddove la stessa possa apparire non compatibile con la Costituzione. Qui, il non detto (ma chiaramente desumibile dal complessivo ed ormai corposo materiale giurisprudenziale forgiato dalla Consulta) è dato dal raffronto sollecitato tra il diritto convenzionale di fattura giurisprudenziale e il diritto costituzionale quale specificamente risultante dalla giurisprudenza costituzionale.

Ancora una volta, tuttavia, la Corte non tiene conto del fatto che, mentre il giudice convenzionale è uno, la comunità degli interpreti della Costituzione è plurale, nessuno potendo vantare per sé il titolo d’interprete “autentico” o esclusivo della legge fondamentale della Repubblica, specie nei suoi principi fondamentali e negli enunciati espressivi di diritti<sup>59</sup>.

In realtà, se ci si pensa, qui il quadro è alquanto articolato e composito. Non si trascuri infatti che

---

<sup>58</sup> Numerosi i commenti a questa importante decisione: riferimenti in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 159 ss. e 171 ss., e lett. *ivi*; P. ROSSI, *L’interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2018, e L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell’efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la “giustizia del caso singolo”*, in AA.VV., *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, a cura di R. Romboli e A. Ruggeri, Giappichelli, Torino 2019, spec. 99 ss.

<sup>59</sup> Si è fatto in altri luoghi notare che, giusta la tesi ormai invalsa secondo cui i principi in parola resistono ad ogni loro possibile innovazione per via legale (una tesi, nondimeno, meritevole di non secondarie precisazioni, secondo quanto si è tentato di argomentare nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l’8 e il 9 giugno 2018 su *Alla prova della revisione. Settant’anni di rigidità costituzionale*, al [sito telematico del Gruppo di Pisa](#), 2/2018, 20 giugno 2018), nessun atto, né in forma di legge costituzionale né in forma di sentenza della Corte costituzionale, potrebbe darne la interpretazione autentica, se è vero che quest’ultima resta riservata ad atti che, disponendo del potere d’innovare agli atti interpretati, possono, volendo, fissarne autoritativamente il senso. Di fatto, poi, è pur vero che la giurisprudenza costituzionale ha posto mano ad una riscrittura a tappeto della Carta costituzionale che non ha lasciato indenni gli stessi principi di base dell’ordinamento, convertendosi in buona sostanza in un potere costituente permanente.

la prima scelta compete pur sempre ai giudici comuni: sono essi a stabilire se da una norma convenzionale, così come messa a punto dalla giurisprudenza della Corte europea, ci si può, o no, discostare; e, come sappiamo, le risorse di cui naturalmente gli interpreti dispongono sono pur sempre di apprezzabile consistenza. Solo che i materiali normativi bisognosi di essere posti a raffronto sono espressi non soltanto dalla Convenzione e dalla disciplina legislativa rilevante per il caso ma anche (e in primo luogo) dalla Costituzione; e quest'ultima – lascia intendere la giurisprudenza costituzionale – va letta sotto dettatura della Consulta.

Ancora più estesi, poi, i margini di manovra riconosciuti agli operatori laddove dovessero fare interamente difetto indicazioni da parte della giurisprudenza specificamente riguardanti il caso: l'operatore verrebbe, infatti, naturalmente portato a confrontarsi con la “nuda” lettera della Convenzione; sappiamo, però, che è questa un'ipotesi di sempre più remoto riscontro, stante la mole crescente della giurisprudenza europea.

Nei suoi più recenti sviluppi (e, segnatamente, con la discussa [sent. n. 43 del 2018](#)<sup>60</sup>), la giurisprudenza costituzionale sembra però irrigidire i rapporti tra gli operatori, sollecitati a tenere conto della giurisprudenza europea pur laddove si ponga in rottura con precedenti indirizzi (e, dunque, non presenti *per tabulas* carattere “consolidato”).

I commentatori sono divisi circa la portata di questa novità giurisprudenziale che, a quanto pare (ma potremo averne conferma solo nel prossimo futuro), non intende portare al superamento del criterio-guida dell'indirizzo “consolidato” ma solo derogarvi in qualche caso (non è chiaro se in ragione della provenienza della decisione dalla Grande Camera ovvero per intrinseche qualità oggettive della stessa). Sta di fatto che la novità in parola, per un verso, parrebbe valorizzare la giurisprudenza convenzionale, perlomeno in alcune sue espressioni *quodammodo* assimilate ad un vero e proprio *jus superveniens* (per questo verso, accorciandosi la distanza che ad oggi tiene separata la giurisprudenza stessa da quella eurounitaria, il cui carattere normativo è – come si sa – da tempo riconosciuto per ciascuna delle pronunzie di cui si compone). Per un altro verso, per effetto dell'irrigidimento in parola, aumentano i rischi dei conflitti tra Convenzione e diritto interno, con la conseguenza che, al fine di parare sul nascere questa eventualità, i giudici comuni potrebbero sentirsi incoraggiati a dar vita ad ardite o, diciamo pure, temerarie reinterpretazioni degli enunciati normativi, facendo dunque luogo ad esasperati utilizzi delle tecniche interpretative (in ispecie, della tecnica della interpretazione conforme).

Per quest'aspetto – non è inopportuno qui rilevare –, potrebbe assistersi a casi di applicazione diretta “mascherata” della Convenzione, riversandosi i contenuti di questa, per il modo con cui sono messi a punto dalla giurisprudenza europea, in seno alle leggi, i cui disposti si troverebbero soggetti a sostanziali, seppur non vistose, manipolazioni.

Sta di fatto che, laddove i giudici dovessero rivolgersi alla Consulta, ora lamentando la violazione della CEDU da parte della legge ed ora denunciando l'incompatibilità della prima rispetto alla Costituzione, nulla esclude che sia poi la Corte a far ricorso al canone dell'indirizzo “consolidato”, ribadendo in tal modo la centralità del proprio ruolo quale organo finale della... *nomofilachia*<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Su di essa, tra gli altri, v. A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A e B c. Norvegia*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 13 marzo 2018; E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in [Federalismi.it](#), 17/2018, 12 settembre 2018, spec. 20 ss.; F. PEPE, *La Corte costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2/2018, 520 ss. e, nella stessa *Rivista*, A.F. TRIPODO, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, 530 ss.; R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e restituzione degli atti al giudice “a quo” in un pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sent. 269/2017*, 861 ss.; A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU, alla luce della svolta rappresentata dalla sent. n. 43 del 2018*, in *AA.VV., Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, cit., 323 ss.

<sup>61</sup> Come si viene dicendo, la sovrapposizione del ruolo del giudice costituzionale rispetto a quello della Cassazione è frequente nelle vicende qui fatte oggetto di esame; il fenomeno ha, nondimeno, una più ampia portata e induce ad una

Si aggiunga che, diversamente da ciò che si ha al piano delle relazioni col diritto europolitano, qui non si dispone di uno strumento di cooperazione qual è quello del rinvio pregiudiziale: uno strumento – come sappiamo – oggi nella disponibilità della stessa Corte costituzionale, che pure fino a pochi anni addietro si era dichiarata non idonea ad avvalersene. Solo che il rinvio è, per sua natura, una cerniera interordinamentale ordinariamente azionata dai giudici comuni che, facendone uso, possono avvalersi della sponda offerta dalla Corte dell'Unione al fine di assicurare l'ottimale implementazione in ambito interno, alle condizioni oggettive di contesto, del diritto sovranazionale<sup>62</sup>.

È poi vero che, sul versante dei rapporti con la Corte di Strasburgo, potrà – si spera tra non molto – trovare anche da noi applicazione lo strumento, per certi versi analogo al rinvio pregiudiziale, costituito dalla consultazione della Corte europea ai sensi del prot. 16 allegato alla CEDU. In disparte tuttavia il carattere comunque peculiare (formalmente non vincolante<sup>63</sup>) dello strumento in parola, resta il fatto che dello stesso potranno avvalersi unicamente i giudici di ultima istanza<sup>64</sup>. Anche per quest'aspetto, dunque, viene meno per molti giudici il sostegno che invece può essere a tutti dato dal rinvio pregiudiziale; e, sempre per il medesimo aspetto, può risultare significativamente indebolita la capacità d'incidenza esercitata dalla giurisprudenza europea nei riguardi di quella interna, nelle sue pur ramificate e plurali espressioni, quanto meno appunto con riferimento ai giudici non di ultima istanza.

8. *Al tirar delle somme: il diverso animus con cui le Corti europee e i giudici costituzionali si pongono le une nei riguardi degli altri (e viceversa) e la maggiore apertura verso le prime manifestata dai giudici comuni (e, segnatamente, dalla Cassazione)*

Non è agevole tentare di riannodare i fili dell'analisi appena svolta, a motivo della varietà delle linee di sviluppo tracciate nella giurisprudenza, persino di una stessa Corte, quale quella costituzionale cui qui si è prestata specifica attenzione, non di rado portata ad intraprendere percorsi distanti tra di loro persino in occasione di una stessa vicenda, secondo quanto testimoniato da *Taricco*. Volendo tuttavia tentare di fermare l'attenzione unicamente sulle più marcate delle linee stesse ed anche al fine di tentare di affacciare, seppur con somma cautela, qualche previsione circa gli svolgimenti a venire delle relazioni tra le Corti, alcuni tratti emergono invero con particolare evidenza e meritano dunque di essere segnalati.

Il primo di essi è riportabile al diverso *animus* – se così vogliamo chiamarlo – col quale le Corti europee e quelle nazionali guardano le une agli indirizzi giurisprudenziali delle altre. Le prime, infatti, a motivo del contesto nel quale operano e in considerazione della loro peculiare natura giuridica ed estrazione dei loro componenti, sono avvezze a ricercare sintesi interne frutto dell'incontro di operatori portatori di patrimoni culturali diversi, espressivi degli ambienti istituzionali di origine, consapevoli nondimeno della necessità di dover far luogo a reciproche mediazioni non di rado particolarmente impegnative e sofferte. Le sintesi – si sa – si hanno praticamente sempre nei collegi giudicanti (e non solo in essi), anche dunque in quelli nazionali; è

---

complessiva riconsiderazione dei rapporti tra gli organi suddetti e di entrambi con i giudici comuni, con specifico riguardo al posto da ciascuno di essi detenuto nel sistema istituzionale.

<sup>62</sup> Vede nel rinvio uno strumento nella sostanza “concorrente” rispetto al sindacato di costituzionalità C. PANZERA, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della “doppia fedeltà”. L'esperienza italiana*, cit., § 6.

<sup>63</sup> Nella sostanza, tuttavia, come si è fatto altrove notare, la circostanza per cui la stessa Corte-consultante possa poi trovarsi investita della medesima questione nella veste di Corte-giudice rafforza il vincolo di fatto espresso dalle sue pronunzie, seppure rivestite della forma del parere.

<sup>64</sup> Analoga la conclusione alla luce di quanto previsto dai protocolli d'intesa siglati tra la Corte EDU e le alte Corti nazionali, sulla cui idoneità ad alimentare il “dialogo” intergiurisprudenziale oggi si fa molto affidamento (indicazioni in R.G. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte Corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in [Questione Giustizia](#), 30 gennaio 2019, e S. LATTANZI, “*Il dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane. A margine di un recente incontro di studio tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*”, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 30 gennaio 2019).

chiaro, però, non essere la stessa cosa che questi ultimi appartengano ad ordinamenti *pleno iure* integrati, diversamente da un ordinamento, quale quello dell'Unione, in via d'integrazione e che, forse, sempre resterà tale<sup>65</sup>, comunque attraversato da spinte e tensioni costanti, delle quali il processo d'integrazione stessa fortemente risente<sup>66</sup>.

Di qui, una flessibilità strutturale che è propria tanto delle Corti europee quanto della loro giurisprudenza, per il modo con cui viene a formazione e pretende di affermarsi in ambito interno. Ne dà emblematica testimonianza il principio del margine di apprezzamento, al quale – come si sa – la Corte europea dichiara di voler prestare rispetto, pur intendendolo e facendolo valere in modi anche considerevolmente diversi nel passaggio da un ambito materiale di esperienza all'altro e persino in relazione a vicende processuali che tornino a presentarsi con connotati analoghi nel corso del tempo<sup>67</sup>. Come dire che la Convenzione si alimenta e rilegittima costantemente *dal basso*, esprimendo concetti che non risultano unicamente dai suoi enunciati, per ciò che in sé significano, bensì anche per come i diritti dagli stessi riguardati sono fatti oggetto di riconoscimento e di tutela negli ordinamenti nazionali. Un canone interpretativo, quello che fa rimando alle discipline degli Stati, che ovviamente non ha alcun senso presso gli Stati stessi, nel momento in cui ci si accosta alle previsioni della Costituzione (e di altre fonti) relative ai diritti.

Ci s'intenda. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo non si trattiene alla bisogna dall'esercitare un *pressing* anche particolarmente stringente nei riguardi degli Stati, espandendosi ovvero contraendosi a fisarmonica in ragione di plurimi fattori, ai quali non può ora farsi cenno<sup>68</sup>; la qual cosa, nondimeno, conferma la naturale elasticità e varietà di movenze del giudice europeo<sup>69</sup>. Una elasticità, dunque, che non si fa riportare unicamente al carattere casistico, comunemente rilevato, della giurisprudenza che viene a maturazione a Strasburgo ma che piuttosto va imputato al carattere strutturalmente plurale della istituzione cui fa capo la Convenzione ed alla composizione del collegio giudicante.

Per quest'aspetto, pur con i dovuti adattamenti, il quadro non si presenta diverso con riferimento

<sup>65</sup> In altri luoghi, ponendo a raffronto i processi costituenti affermatasi in seno agli Stati col processo costituente europeo, ho affacciato l'idea che quest'ultimo, diversamente dai primi che o riescono o falliscono portando alla restaurazione dell'ordine costituzionale preesistente, potrebbe restare permanentemente *in progress*.

<sup>66</sup> Pur nei suoi tratti complessivamente peculiari, anche il sistema-CEDU esibisce un pluralismo strutturale interno accentuato (forse, ancora di più di quello che connota l'Unione), sol che si pensi al numero degli Stati che hanno aderito alla Convenzione ed alla varietà dei loro ordinamenti.

<sup>67</sup> Riferimenti in F. DONATI - P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falza - A. Spadaro - L. Ventura, Giappichelli, Torino 2003, 65 ss.; O. POLLICINO - V. SCARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, § 2.7; J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3/2014, 787 ss.; A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., 167 ss. Infine, i contributi alle Giornate su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, cit.

<sup>68</sup> Ne ha fatto oggetto di studio particolarmente approfondito, spec., O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali, in forma organica, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010.

<sup>69</sup> Spunti ricostruttivi di notevole interesse sono al riguardo ora offerti dai contributi alle Giornate su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, cit., nonché da R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit.; V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, cit., e, con specifico riguardo ad un ambito materiale attraversato da gravi tensioni, da ultimo, C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, Firenze 2019.

alla Corte dell'Unione; d'altronde, tutti gli organi di quest'ultima sono obbligati a ricercare mediazioni costanti e non di rado particolarmente sofferte tra gli interessi di cui si fanno portatori gli Stati membri. È in questa luce che va, dunque, riconsiderato *Taricco*, espressivo di quella mobilità e fluidità di orientamenti giurisprudenziali, di cui si è venuti dicendo.

Di contro, il tendenziale irrigidimento della Corte costituzionale ha una sua spiegazione d'immediata evidenza in un atteggiamento peraltro ricorrente anche presso altri tribunali costituzionali che, sentendosi sul collo il fiato del giudice europeo, reagiscono così come fanno gli assediati che tentano di spezzare l'accerchiamento al quale sono soggetti.

Non è possibile qui indugiare sulle singole vicende processuali al fine di verificare se e quali manifestazioni di "resistenza" – come sono frequentemente ed efficacemente qualificate – da parte dei giudici nazionali siano giustificate<sup>70</sup>. Ciò che è comunque censurabile è l'*animus* col quale non di rado le Corti costituzionali nazionali si accostano alla giurisprudenza europea, espressivo di un modo "difensivo" d'intendere i rapporti interordinamentali, spesso inquinato da diffidenza se non pure da vera e propria ostilità<sup>71</sup>. Di quest'*animus* non si ha – perlomeno di norma – riscontro presso le Corti europee che sanno di avere davanti a sé non un solo interlocutore nazionale ma l'intero insieme degli operatori degli Stati membri ai quali consegnano le loro decisioni perché le portino a frutto al servizio dei diritti.

Ora, l'atteggiamento "difensivo" in parola è, a mia opinione, rivelatore di un autentico crampo mentale che affligge coloro che se ne fanno portatori, espressivo di un vizio metodico di fondo, foriero di gravi torsioni a carico degli indirizzi giurisprudenziali di cui i tribunali costituzionali sovente si fanno portatori. Un vizio che, a conti fatti, ha la radice da cui si tiene ed alimenta in un'idea mitica o sacrale di Costituzione, vista come fonte "totale" e perfetta in sé e per sé, siccome idonea a dare comunque la miglior tutela ai diritti. Non a caso, d'altronde, i sempre più frequenti richiami presenti nella giurisprudenza costituzionale alle giurisprudenze europee sono perlopiù fatti a rinforzo di soluzioni comunque raggiungibili anche solo con riferimento alla Carta nazionale, non riconoscendosi che una Carta diversa da quella nazionale offra protezione a diritti da questa lasciati sguarniti di protezione ovvero una comunque meno intensa di quella riscontrabile in ambito interno<sup>72</sup>.

Il vero è che del "metaprincipio" della massimizzazione della tutela, qui ripetutamente richiamato, si è fatto (e si fa) un uso parziale e inadeguato, comunque insufficiente, non ammettendosi che le Carte di origine esterna possano giocarsi la partita alla pari con la

---

<sup>70</sup> Riferimenti in O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4/2012, 765 ss.; J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the 'German Model'*, in AA.VV., *National constitutional identity and European integration*, a cura di A. Saiz Arnaiz - C. Alcoberto Llivina, Intersentia, Cambridge 2013, 243 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2014, 1 ss., spec. 41 ss.; M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, in *La cittadinanza europea*, suppl. al fasc. 1/2016, FrancoAngeli, Milano 2016, 129 ss.; P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 431 ss.; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale N. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, cit., 460 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, cit., spec. alla sez. I del cap. II; R. MASTROIANNI, *L'art. 11 Cost. preso sul serio*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, V ss. Con riferimento, poi, alla giurisprudenza della Corte EDU, v., almeno, A. OSTI, *L'implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 4/2017, 851 ss. e AA.VV., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, cit.

<sup>71</sup> Debbo tuttavia riconoscere che proprio nella giurisprudenza del tempo a noi più vicino parrebbe registrarsi un qualche distacco da questo modo d'intendere e praticare le relazioni interordinamentali, secondo quanto testimoniato da Corte cost. nn. 24, 25 e 26 del 2019, malgrado – come si è segnalato poc'anzi – nella seconda decisione si ribadisca con forza l'idea, a mia opinione essenzialmente inesatta, del "predominio assiologico" della Costituzione sulla CEDU (ed è da pensare sopra ogni altra Carta).

<sup>72</sup> La eventualità che dalla CEDU possa venire una tutela più ampia ai diritti è ammessa dalla già richiamata sent. n. 25 del 2019, allo stesso tempo però ribadendosi – come si è appena rammentato – il "predominio" della legge fondamentale della Repubblica.



Costituzione, una partita aperta dunque ad ogni possibile esito, compreso quello – che si è dietro qualificato ottimale – della congiunta e paritaria affermazione di tutti i documenti costituzionali, reciprocamente integrati nell'interpretazione e fatti perciò congiuntamente valere per le complessive esigenze del caso.

È interessante notare che un *animus* assai diverso da quello del tribunale costituzionale si riscontra, invece, nel modo con cui si accostano alle giurisprudenze europee i giudici comuni (e, segnatamente, per ciò che a noi maggiormente interessa, la Corte di Cassazione, secondo quanto peraltro testimoniato dai riferimenti fatti in relazione alle vicende processuali dietro richiamate).

Non è di qui chiedersi quale sia la ragione di questa diversa sensibilità istituzionale<sup>73</sup>; va, ad ogni buon conto, rilevato che l'autorevolezza comunemente e doverosamente riconosciuta al giudice costituzionale fa sì che gli indirizzi interpretativi di cui quest'ultimo si fa portatore abbiano largo seguito da parte dei giudici comuni<sup>74</sup>, per quanto – come si faceva poc'anzi notare – risulti praticamente impossibile fare il punto sullo stato delle cose al riguardo, così come per vero non si è in grado di stabilire quali sia il tasso di effettiva e fedele implementazione dato alle decisioni delle Corti europee nelle aule in cui si amministra la giurisdizione comune.

Sta di fatto che le punte più avanzate di quest'ultima testimoniano una vocazione al “dialogo”, nella sua retta e densa accezione, che – perlomeno fino a ieri<sup>75</sup> – ha fatto invero difetto presso il giudice costituzionale. È in questo quadro che s'inscrivono le ricorrenti tensioni tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione alle quali si è fatto dietro cenno. Quel che è certo è che, inasprendosi i conflitti, nulla di buono si costruisce, risentendone in primo luogo proprio quei diritti alla cui salvaguardia tutti gli operatori di giustizia dovrebbero stabilmente convergere. È solo, infatti, unendo le forze, in spirito di autentica e leale cooperazione, e sollecitando le Carte a darsi mutuo alimento e sostegno che possono ricercarsi le soluzioni maggiormente adeguate alle esigenze dei casi. I conflitti, ovviamente, sono pur sempre da mettere in conto; e, anzi, quanto più si porta avanti a fatica il processo d'integrazione sovranazionale, tanto più se ne potrà avere riscontro. Ciò che, nondimeno, importa è che ciascuna Corte non si accosti alle questioni che le sono sottoposte muovendo dall'assunto di una *primauté* che nessuna ormai può rivendicare per sé, così come nessuna Carta può assumere di averla, tutte mostrandosi all'inverso consapevoli di avere bisogno l'una dell'altra o delle altre e di dover assieme fare un comune percorso perché comune, unica, è la meta alla quale sono chiamate a pervenire.

È anche, seppur ovviamente non solo, da una siffatta condivisione d'intenti che dipende uno svolgimento equilibrato dei rapporti interordinamentali, l'avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale al quale ciascuna Corte, pur con tipicità di ruoli e di responsabilità, è chiamata a dare il proprio fattivo concorso, l'appagamento ottimale, alle difficili (e talora persino proibitive) condizioni del tempo presente, dei diritti della persona.

---

<sup>73</sup> ... almeno in parte, per vero, alimentata (seppur involontariamente...) dalla stessa giurisprudenza costituzionale che, specie in alcune sue espressioni, porta naturalmente i giudici comuni e le Corti europee a schierarsi dalla medesima parte: così, ancora da ultimo, è stato per effetto della corposa erosione (dovuta a Corte cost. nn. 269 del 2017 e soprattutto, ora, 20 del 2019) dell'area in cui può farsi luogo all'applicazione diretta della normativa eurounitaria, con evidente sacrificio per le aspettative tanto della Corte di giustizia quanto degli operatori nazionali di giustizia e – ciò che più importa – frenandosi vistosamente l'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale che ha – com'è noto – proprio nel meccanismo suddetto lo strumento principale per la propria compiuta maturazione.

<sup>74</sup> Ciò che è, ovviamente, in via di principio giusto e sarebbe ben strano se così non fosse, ponendosi altrimenti quale indice eloquente (e inquietante) di uno sfilacciamento istituzionale dagli imprevedibili, sommamente rischiosi sviluppi per la tenuta stessa dell'ordinamento.

<sup>75</sup> Un segno di buona volontà all'ascolto delle ragioni altrui fa, infatti, capolino proprio nella sent. n. 63 del 2019, dietro richiamata, laddove – come si è segnalato – si rimette al giudice comune la decisione circa l'ordine cronologico con cui mettere in pista le due pregiudizialità concorrenti, la costituzionale e la eurounitaria.

**Francesca Donà\***  
**Contemporary dynamics of sub-national governments and Courts:  
 a challenging shared path.**

SUMMARY: 1. A brief methodological preface. – 2. “Apex” Courts and Sub-National Governments: An Institutional Relationship to Look into beyond the Traditional Classifications. – 3. The Relevance of the Constitutional Framework: Brief Remarks on the Italian Context. – 4. The Relevance of the Constitutional Framework: Brief Remarks on the British Context. – 5. [Decision no. 118/2015](#): a New Role for the Italian Constitutional Court about the Sub-national Dynamics? – 6. [Axa](#) and [Agnew](#) cases: is the UKSC just a Supreme Court? – 7. Conclusions: towards new challenging paradigms.

1. *A brief methodological introduction.*

In approaching a comparative constitutional analysis, it is important to clear up the terminology adopted, because the translation of certain legal terms could be different, according to the legal system in which they are going to be applied<sup>1</sup>. In fact, from the Italian doctrinal perspective, the concept of “*forma di Stato*”<sup>2</sup> describes the principles and the rules related to the relationship between the State and the citizens, on one hand; and the distributions of legislative (and administrative) powers between the central and the sub-national governments, on the other hand. This last concept is named by the Italian scholars “*tipo di Stato*”<sup>3</sup>. Instead, according to the British standpoint, the two concepts aforementioned are included in the general term “*Constitution*”, which expresses both the State-citizens relationship and the territorial distribution of powers<sup>4</sup>. Moreover, the “type of State” also constitutes the communication channel among those aspects and the “form of government”, which – according to Italian doctrine – represents the distribution of powers

---

\* Phd Student of the University of Padua – *Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Padova*

<sup>1</sup> A. HARDING, P. LEYLAND, *Comparative Law in Constitutional Contexts*, in <http://www.lumsa.it>, 331: “In approaching comparative constitutional analysis, while stopping well short of developing or advocating a particular methodology, it is possible to identify certain questions which nearly always need answering. For instance, it is interesting here to speculate whether there is a universal language of constitutional terminology, allowing for common assumptions to do with constitutional features. Even here, we must maintain a degree of caution in how terms are used and what their implications might be. We have just noted that typologies are often useful. However, at all times it is crucial to deal with issues of terminology, ensuring that words have been correctly understood and avoiding simplistic translations which might lead to misunderstandings. In this regard it is necessary to remember that general and legal expressions, in any language, are often very, or just subtly, different, and that we should look for actual, as opposed to linguistic, equivalents”.

<sup>2</sup> “*Con l'espressione forma di stato si intende il rapporto che corre tra le autorità dotate di potestà di imperio e la società civile, nonché l'insieme dei principi e dei valori a cui lo Stato ispira la sua azione*”, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2012, 33; see also L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi giuridici comparati*, Giappichelli, Torino, 2017, 50.

<sup>3</sup> M. VOLPI, *La classificazione delle forme di Stato*, in VV.AA., *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, Torino, 2004., 207-208: according to him, the “type of State” is constituted by “*l'insieme delle regole che disciplinano i rapporti tra lo Stato centrale e gli enti autonomi territoriali operanti al suo interno*”; A. VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, Tomo I, Giappichelli, Torino, 2004, 148; see also M. BURGESS, *Federalism and political territorialità: the character and significance of constituent units in the new federal models*, in VV.AA., *Federalism, regionalism and territory*, Istituto di Studi sui Sistemi regionali federali e sulle autonomie, Proceedings of the Conference, Rome, 19-20-21 September 2012, 197: “In the case of federal states the relationship between territory and politics is especially striking for the simple reason that federations are a particular type of State: they are built upon what we commonly refer to as constituent units which are ‘territorially bounded communities’ entrenched in a written constitution”.

<sup>4</sup> A State’s Constitution “also regulates relations between the State and the individuals”, A. RILEY, P. SOURS, *Common Law Legal English and Grammar*, Hart Publishing, Oxford, 2014, 72. The term “Constitution” includes two constitutional axes: the first is the *State vs the Citizen* and the second is the *Centre vs the Locality*, see R. HOLME OF CHELTENHAM, *The changing British Constitution, Checks and Balances*, Acts of the Conference of Comparative Public and European Law Association, University of Bari, 29-30 May 2003, 568.

(legislative, executive and judiciary) in a modern State<sup>5</sup>. Even in that case, the British doctrinal perspective conceives the “form of government” as the frame of institutions arranged by the Constitution<sup>6</sup>.

However, the paper would aim to make an overall and comprehensive approach, based on the factual comparative method<sup>7</sup> rather than the traditional classifications, which remain on the background<sup>8</sup>. The method adopted takes into account the pragmatic dimensions of the constitutional issues and the research on the so called “formants”<sup>9</sup>: in our case, the formants will be represented by some decisions of the Italian Constitutional Court and the United Kingdom Supreme Court, which have encouraged some insights regarding a renewed relations between “apex” Courts and the dynamics of sub-national governments.

## *2. Apex Courts and sub-national governments: an institutional relationship to look into beyond the traditional classifications.*

According to the constitutional traditional categories, the Supreme Courts and the Constitutional Courts are two different types of judges. The first is defined as the highest court within a given legal order, that generally hears civil, criminal and – possibly – administrative cases; the second, instead, is a specialised judge, situated outside the common structure of the judicial branch, with the power to examine legislative (or even executive) acts and to nullify them, if they violate the provisions of the Constitution, according to the judicial review of legislation<sup>10</sup>.

Thus, there are two patterns of constitutional adjudication, following the classical definitions: the American and the European model. The prerogative of the American model is the fact that the Supreme Courts are also entrusted, together with every judge, in the judiciary system<sup>11</sup>, with the

<sup>5</sup> See R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, q., 33: “per forma di governo si intendono i modi in cui il potere è distribuito tra gli organi principali di uno Stato-apparato e l’insieme dei rapporti che intercorrono fra essi” and G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 2011, 126, according to him the “form of government” (“forma di governo”): “si basa sul modo in cui i massimi poteri statali – in particolare il potere legislativo e il potere esecutivo – sono distribuiti tra gli organi di vertice dello Stato”. For a critical position see M. VOLPI, *Il metodo nello studio e nella classificazione delle forme di governo*, in *Diritto comparato pubblico ed europeo*, no. 1/2015, 131: “il termine ‘forma di governo’ è stato coniato dai giuristi italiani e si è distaccato a fatica da quello di forma di Stato, in quanto nelle classificazioni, operate a partire dall’antichità fino all’avvento dello Stato moderno, la seconda nozione si risolveva sostanzialmente nella prima a causa della identificazione che veniva operata fra Stato e Governo”.

<sup>6</sup> See G. TIEGHI, *Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale contemporaneo*, Jovene, Napoli, 2012, 30-31.

<sup>7</sup> R. SCARCIGLIA, *Diritto globale e metodologia comparativa: verso un approccio verticale?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, October-December, 2015, from 5: “Allo sguardo del comparatista appare abbastanza evidente come il confronto orizzontale fra regole, istituzioni e procedure, appartenenti allo stesso livello ordinamentale, non sia più soddisfacente, ove sui fenomeni giuridici e le soluzioni oggetto di analisi incidano fattori provenienti da attori globali, (...). Peraltro, si può qui osservare che, se i presupposti con cui un tempo si affrontava, ad esempio, lo studio di istituti classici del diritto costituzionale – come sono, appunto, le fonti del diritto – appaiono inadeguati a interpretare questioni costituzionali che nascono al di fuori di uno Stato sovrano e che con esso possono scontrarsi, occorre rendere maggiormente dinamici e variegati gli strumenti di analisi utilizzati dal ricercatore”. See A. HARDING, P. LEYLAND, *Comparative Law in Constitutional Contexts*, q., 331; G. TIEGHI, *Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale contemporaneo*, q., 72.

<sup>88</sup> D. CASTELLANO, *Livio Paladin e il problema della scienza giuridica* in Vv.AA., *Riforme opinioni a confronto*, Jovene, Napoli, 2015, 25: “La convenzionalità della scienza giuridica, coerentemente postulata dal positivismo giuridico e in particolare della geometria legale, costringe, infatti, a far ricorso ai principi generali dell’ordinamento che, però, non sono propriamente tali. Il principio, infatti, consente (deve consentire) di “leggere” l’esperienza, tutta l’esperienza, in maniera non contraddittoria”.

<sup>9</sup> “L’espressione ‘formanti’ è stata proposta da R. Sacco per indicare diversi insiemi di regole e proposizioni che, nell’ambito di un ordinamento, contribuiscono a generare l’ordine giuridico del gruppo in un determinato luogo e in un determinato tempo”: L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi giuridici comparati*, q., 11-15.

<sup>10</sup> For the traditional classification see: L. GARLICKI, in *Constitutional courts vs supreme court*, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 5, Issue no. 1, 1 January 2007, 44 – 68.

<sup>11</sup> It is not a proper and reserved role of the Supreme Courts, because it is also assigned to all the Courts in the country: it is the model of the diffuse constitutional review.

role of reviewing the compliance of ordinary legislation with the Constitution<sup>12</sup>. Otherwise, the European model, according to the Kelsen idea<sup>13</sup>, is characterised by the existence of a centralized judicial body in charge of a review of the ordinary laws and it is widespread in the civil law countries<sup>14</sup>.

This classification seems to describe clearly the public-law landscape about the mismatch Constitutional/Supreme Court; but, both the two quoted parameters do not take into consideration the first – historically speaking<sup>15</sup> – power conferred to a Constitutional Court, that is to govern the relationship between the central government and the local ones, according to the constitutional order provided. Infact, a Constitutional Court has necessarily the task to ensure the observance of the constitutional attributions between the central government and the sub-national bodies, as provided in the Constitution: that “legal” operation constitutes a special control of the legislation based on the subnational constitutional autonomy<sup>16</sup> and depends – among other things – on the pragmatic features of the so called *type of State* taken into consideration<sup>17</sup>.

By adopting these classical definitions, this power, related to the *center-periphery* balance<sup>18</sup>, can not be attributed to a “simple” Supreme Court, because it has the role of judging – in the highest instance – only the civil, administrative and criminal case: according to the traditional criteria, that kind of adjudication has to be practised only by the Constitutional Court in a proper sense. Nevertheless, there are some tangible examples which show that the roles and the prerogatives just illustrated can not be considered absolute: indeed, the United Kingdom Supreme Court, that is not considered as “constitutional”, neither according to the American model, has the task of solving allocation issues between the *center* and the *periphery*.

This is only an example to prove that the classical outlines of the comparative public law are no longer sufficient to understand the current condition of sub-national governments<sup>19</sup>: it is necessary to change the elements of the analysis, choosing a different perspective and taking into account other constitutional parameters, regarding directly the pragmatical institutional experiences<sup>20</sup>.

---

<sup>12</sup> The judicial review of legislation is conferred by U.S. Constitution to the Supreme Court, but it was affirmed in the famous *Marbury vs Madison* case in the 1803, because it was considered the natural consequence of the Constitution’s supremacy clause. With the regard to the American constitutional justice system see: W.M. WIECEK, *The Supreme Court in American life*, Johns Hopkins U.P., Baltimore, 1988; H.H. WELLINGTON, *Interpreting the Constitution, the Supreme Court and the Process of Adjudication*, Yale U.P., New Haven, 1991.

<sup>13</sup> H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* In *Die Justiz*, 1930-1931, Heft 11-12, Bd. VI, from 576, trad. it. *Chi deve essere il custode della Costituzione?*, in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale* (a cura di C. Geraci), Giuffrè, Milano, 1981, from 229.

<sup>14</sup> M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1971; M. CAPPELLETTI, *Judicial review in a comparative perspective*, in *California Law Review*, no. 58, 1970, 58.

<sup>15</sup> The reference is to the American experience: during the Philadelphia’s Congress the colonies’ representatives decided to adopt the federal system, instead of the confederate one: the Constitution was considered as the “*supreme law of the land*”, the highest source of law regulating all the member States and their relationships with the central Government. It soon became clear that the United States needed a national Court which would rule on the issues concerning the constitutional powers of the central Government and the Member States according to the constitutional provisions. But also the Austrian *Verfassungsgerichtsbarkeit* was born with the same task, see L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, q., 598-599.

<sup>16</sup> To analyse this perspective from the Austrian, Spanish and Oklahoma’s point of view, see A. GAMPER, *Constitutional Court, Constitutional Interpretation and Subnational Constitutionalism*, in [Perspective on Federalism](#), Vol. 6, issue no. 2, 2014.

<sup>17</sup> L. PEGORARO, A. RINELLA, *Sistemi giuridici comparati*, q., 598-603.

<sup>18</sup> See R. HOLME OF CHELTENHAM, *The changing British Constitution, Checks and Balances*, q.

<sup>19</sup> L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, Torino, 2015, 201.

<sup>20</sup> It essential to give up the classical basis, in order to start from the straight observation of what could be considered as constitutional, in a substantive approach. About that: M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, Jovene, Napoli, 2015, 73: “*L’ottica prescelta dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale in tema di autonomie ha scontato gli effetti velenosi prodotti da un armamentario concettuale datato, improntato al più risalente e acritico formalismo, riflesso di analisi letterali e sistematiche dominate da un combinato disposto oltretutto limitato*”; M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, q., 8: “*al di là*

This kind of operation needs to be carried out also for the classifications of the several types of State: as just said, federal State and regional State are two categories that does not describe anymore the complexity of the institutional framework<sup>21</sup>.

The legal systems, infact, provide for new territorial solutions, which have mixed elements of the two classical models and – also – other original aspects. For example, observing the territorial experiences, one of the new elements to take into account is the differentiation's trend of the sub-national governments. That principle seems to characterise the contemporary not-federal States (like Italy and the United Kingdom): giving legislative, administrative and financial autonomy to those bodies, the central government not only accepts different solutions adopted by the sub-national governments in their legislative competence matters, but also different autonomy's degree among the sub-national bodies<sup>22</sup>.

Getting into these things, the scholar has to adopt a comprehensive perspective, taking into account the new evidence resulted, that links the variuos issues: to carry on this process is necessary to consider the whole constitutional context in which the subnational governments are collocated and, in particular, its degree of flexibility. Moreover, it is also necessary to look at the renewed activities of the “apex” Courts. Thus, the comparative method is very useful to explore those new parameters, trying to find a joint legal foundation between different territorial experiences, that could – at first sight – not seem easily comparable: in particular, this paper would take into account Italy and the United Kingdom in order to prove effectively that new relationships among the contemporary dynamics of the subnational governments' and the “apex” Courts.

### *3. The relevance of the constitutional framework: brief remarks on the Italian context.*

The Italian Constitution is the fundamental law of the whole legal system and provides the basis of legitimacy for all sources of law and the activities by the public authority<sup>23</sup>. It is written and “rigid”, which means that laws amending the Constitution have to pass a deep-seated and hardened legislative process<sup>24</sup>. That is the result of the Constituent Assembly's fundamental choice in attributing a “*supralegislative*” force to the Constitution, so that the ordinary laws could not amend it or derogate from it: the Italian Constitutional Court was created in order to safeguard and guarantee the compliance with the Constitution. Infact, the Italian Constitutional Court is one of the

---

*di generiche formule prive di contenuti, anche i ‘valori’ cambiano, dunque anche ‘la Legge’ cambia e dev’essere volta per volta faticosamente, responsabilmente ricercata, ricreata dall’uomo.*

<sup>21</sup> “La scelta che si impone, scelta coraggiosa ma necessaria, è discendere da quel piedistallo falsante e adottare come nuovo angolo d’osservazione non più la maestà dei poteri sovrani bensì la realtà plurale, composita, complessa della società dal basso, da un osservatorio più ravvicinato, si può raggiungere una visione complessiva e oggettiva del fenomeno giuridico, che prima ancora di essere caratterizzato dalla statualità, si connota per una intima socialità, prima ancora di esprimere lo Stato, esprime quel complesso assai ampio di valori e di interessi rappresentato dalla società civile come fatto globale”: P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Diritto e Procedura civile*, giugno 2006, 383-384.

<sup>22</sup> Those special conditions could be established directly by the Constitution, as result of historical processes and political issues, or provided in the Constitution as a viable “options”.

<sup>23</sup> The Italian Constitution provides a “constitutional democracy”: the sovereignty belongs to the people “*which exercises it in the forms and within the limits of the Constitution*” (article 1, Const.). For a general overview of the Italian constitutional system, see A. PISANESCHI, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, q.

<sup>24</sup> “Laws amending the Constitution and other constitutional laws must be adopted by each House after two successive debates at intervals of not less than three months, and must be approved by an absolute majority of the members of each House in the second voting. Said laws are submitted to a popular referendum when, within three months of their publication, such request is made by one-fifth of the members of a House or five hundred thousand voters or five Regional Councils. The law submitted to referendum cannot be promulgated if not approved by a majority of valid votes. A referendum is not to be held if the law has been approved in the second voting by each of the Houses by a majority of two-thirds of the members”: T. GROPPI, *The Italian Constitutional Court: towards a “multilevel system” of constitutional review?*, in *Journal of Comparative Law*, no. 2, 2008, 100.

earliest example of the European model of constitutional review of legislation, arising out of the convergence between the abstract Kelsenian model and the concrete US system: it is not part of the ordinary judicial branch and its jurisdiction concerns only constitutional issues<sup>25</sup>.

With regard to the concept of “type of State”, Italy is a regional State, comprehending 16 regions having legislative, administrative and financial ordinary autonomy<sup>26</sup> and 5 regions (*Val d’Aosta, Trentino Alto Adige, Friuli Venezia Giulia, Sicilia and Sardegna*) having a special (and greater) autonomy. The reasons that explain this autonomous status are multifaceted, involving political, international, historical and cultural issues; the allocation of the powers for the “special” regions is established in their statutes, that are constitutional laws. The Italian regional model created in 1948 was considerably reshaped in the 1999-2001 through a constitutional reform which tried to strengthen the legislative and administrative power of the ordinary regions, leaving untouched the prerogatives of the special ones.

The partition of legislative power between the State and the ordinary Regions is written in the Constitution. The matters ascribed to the State are enlisted in the Constitution, while those reserved for the Regions are residual<sup>27</sup>: according to the classical doctrine<sup>28</sup>, this was considered a key feature of a federal State, but the Italian case, albeit with its peculiarities, is undoubtedly closer to regional model than to the federal one.

This brief report of Italian regional reform would be incomplete without mentioning the new rules – introduced by the Constitutional Law no. 1/1999 – that attribute to the Regions the power to enact their Statutes. Indeed, the regional ordinary statutes can now establish the regional form of government<sup>29</sup> and the fundamental principle steering the regional organization; in particular, the Statutes regulate the exercise of holding referendum on regional laws<sup>30</sup>.

Moreover, the Constitutional Law no. 3/2001 provided also for the introduction of the so-called “*regionalismo differenziato*”<sup>31</sup>. The new article 116(3) allows ordinary regions to ask for having

---

<sup>25</sup> M. CARTABIA, *Of bridges and walls: the “Italian Style” of constitutional adjudication*, in [Italian Journal of Public Law](#), Vol. 1, 2016, 4.

<sup>26</sup> L. PALADIN, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 2000, 38 - 39, about the Italian ordinary regions: “*gli organi fondamentali delle Regioni (...) sono tutti costituiti – direttamente o indirettamente – dai rispettivi corpi elettorali; e ne rappresentano tutti le complessive esigenze, non individuandosi in ragione di uno specifico scopo bensì perseguendo, nell’ambito delle loro competenze, qualunque finalità interessante le popolazioni locali. A questa stregua, si suole affermare in dottrina che (...) le Regioni dispongono di autonomia politica, consistente nella potestà di promuovere un proprio indirizzo, relativamente libero dalle impostazioni statali*”. See also A. D’ATENA, *Regionalism in Italy*, in [Italian papers on Federalism](#), no. 1/2013.

<sup>27</sup> Art. 117, Const., contains two lists of matters: the first contains the State exclusive competence’s matters (sec. 2) and the second enlists the matters of concurrent legislative power between the State and the Regions (sec. 3): such legislative power is vested in the Regions, except for the determination of the fundamental principles, which are laid down by the State. The third section, instead, establishes a general residuality clause for the benefit of the Regions. See G. F. FERRARIO, *Federalismo, regionalismo e decentramento del potere in una prospettiva comparata*, in *Le Regioni*, no. 4/2006, 590: “Lo studio sia diacronico che sincronico della modellistica comparata dello Stato dimostra, comunque, che i poli estremi rappresentati dalla forma minima della deconcentrazione burocratica mediante delega amministrativa e dalla forma massima del legame confederativo tra enti statuali sovrani sono a frequentazione rarefatta, mentre affollate sono le posizioni mediane occupate dalle varieguate forme di federalismo e regionalismo”.

<sup>28</sup> M. VOLPI, *La distribuzione territoriale dei poteri: tipi di Stato e Unione Europea*, q., 361; R. BIN e G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, q., 95-96; G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, q., 125.

<sup>29</sup> According to article 122(5), the Statutes can choose between preserving the (non-mandatory) rules laid down by the Constitution (providing for the direct election of the President of the Region) or introducing one of various forms of parliamentary government.

<sup>30</sup> On that point, see M. LUCIANI, *I referendum regionali (a proposito della giurisprudenza costituzionale dell’ultimo lustro)*, in *Le Regioni*, no. 6, 2002.

<sup>31</sup> On the differential regionalism: F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, no. 4, 2017; M. CECCHETTI, *Attualità e prospettive della «specialità» regionale alla luce del «regionalismo differenziato» come principio di sistema*, in [Federalismi.it](#), 3 dicembre 2008; A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all’art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 2007, from 139 ; F. PALERMO, *Il regionalismo differenziato*, in VV.AA., *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino 2003, from 55; T.E. FROSINI, *La differenziazione regionale nel regionalismo differenziato*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2002, from 599; N. ZANON, *Per un regionalismo*

particular forms and condition of autonomy in specific subject matters, adopting a complex procedure involving both the State and the local authorities. That constitutional provision was introduced also in order to fill this inequality's gap<sup>32</sup> between the powers of the ordinary regions and those of the special ones. Infact, for 16 years there were no application of that provision, because several regional initiatives to get greater competences have been stopped by the central government<sup>33</sup>; but now two ordinary regions (Veneto and Lombardia) are trying to apply for the art. 116(3), after the consultative referenda held in their own territories on the 22th October 2017, which have been pointed out, especially in Veneto, the common feeling of the inhabitants to obtain greater form of autonomy<sup>34</sup>. In a certain way, with the reform of the article 116(3), the Italian legal system has accepted a certain degree of differentiation even in the context of ordinary regions.

In that framework, the Italian Constitutional Court has the power to adjudicate on the constitutionality of the national and regional law, according to the separation of powers provided by the art. 117 and to resolve the jurisdictional conflicts between the State and the Regions, concerning administrative acts or behaviours: this aspect represents the typical conflict-solving role of a proper Constitutional Court<sup>35</sup>. A second element, strictly connected to the first, is given by the power attributed to each region of directly applying to the Court to challenge the constitutionality of a State law<sup>36</sup>: this is the main tool for guaranteeing the autonomy of the subnational bodies.

However, this report only describes the situation that appears on paper. However, the current condition of relations between the Italian central government and Regions is different and it is determined by two other factors: the centralist tendency of the Italian government and the ItCC's

---

*differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in VV.AA., *Problemi del federalismo*, Milano 2001, from 51 and ; e L. ANTONINI, *Verso un regionalismo a due velocità o verso un circolo virtuoso dell'autonomia?*, *ibid.*, from 159.

<sup>32</sup> The privileged condition of the “special” regions, guaranteed by the Constitution, has been created a substantial inequality with regard to other ordinary Regions, because two main reasons: the ordinary Regions could not apply to the same degree of autonomy (except through a constitutional reform) and the Italian Constitutional Court has a very centralist trend in resolving the constitutional cases concerning the autonomy of the ordinary Regions: retrieved in V. TEOTONICO, *La specialità e la crisi del regionalismo*, in *Rivista AIC*, no. 4/2014, 1: “*Benché la specialità regionale sia spesso considerata, in letteratura, un caposaldo dell’architettura repubblicana, tale sua presunta fondamentalità non ha mai dato luogo, in politica, a un’autentica rivalutazione del suo significato, né a una sua adeguata ricollocazione nel mutato contesto generale (...) Così, la specialità ha perso il suo iniziale valore paradigmatico ed è andata avanti ‘per forza d’inerzia’*”.

<sup>33</sup> See E. ARBAN, *The referenda for more autonomy in Veneto and Lombardia: constitutional and comparative perspectives*, in *Perspective on Federalism*, Vol. 10, issue no. 1, 2018 and L. MICHELOTTI, *A dieci anni dalla costituzionalizzazione del regionalismo asimmetrico: una mano sul freno a leva oppure un piede sull’acceleratore per l’art. 116, terzo comma, Cost.?*, in *Le Regioni*, no. 1-2, 2012, from 101.

<sup>34</sup> Following the action of Veneto and Lombardia, also Emilia Romagna is nowadays trying to apply for the art. 116(3).

<sup>35</sup> As I said, this is – hystorically speaking – the first task attributed to a constitutional Court in a formal sense. “*In qualche misura la previsione di un conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni completa il quadro relativo ai rapporti tra centro e periferia. Se nel giudizio in via principale oggetto di giudizio sono le leggi, statali o regionali, ai sensi dell’art. 127 Cost., in sede di conflitto oggetto di giudizio sono eventuali lesioni di competenza derivamenti, in linea di principio, da atti diversi dalla legge*”: S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, II ed., 1175 and T. GROPPPI, *La garanzia dell’autonomia costituzionale degli enti locali: un’analisi comparata*, in *Le Regioni*, no. 5/1998, 1035: “*Se la posizione di autonomia della quale godono le collettività locali è tale da imporsi a tutti i soggetti dell’ordinamento, e anche al legislatore che è chiamato a concretizzarla, appare indispensabile, affinché essa non rimanga una mera ‘romantica dichiarazione’ che esistano strumenti concreti per la sua difesa. E, in effetti, accanto alla tendenza alla valorizzazione dell’autonomia costituzionale delle comunità territoriali se ne colloca un’altra, quella a riconoscere loro forme di ricorso diretto agli organi di giustizia costituzionale*”.

<sup>36</sup> “*Se la posizione di autonomia della quale godono le collettività locali è tale da imporsi a tutti i soggetti dell’ordinamento, e anche al legislatore che è chiamato a concretizzarla, appare indispensabile, affinché essa non rimanga una mera ‘romantica dichiarazione’ che esistano strumenti concreti per la sua difesa. E, in effetti, accanto alla tendenza alla valorizzazione dell’autonomia costituzionale delle comunità territoriali se ne colloca un’altra, quella a riconoscere loro forme di ricorso diretto agli organi di giustizia costituzionale*”, T. GROPPPI, *La garanzia dell’autonomia costituzionale degli enti locali: un’analisi comparata*, q., 1035.

support in doing so<sup>37</sup>. In fact, even if there is not a “supremacy” clause, the Italian government has extended the titles of its exclusive or shared competence<sup>38</sup>, legislating on matters in which the Regions could do it, in order to compress the autonomy’s sphere of the ordinary ones.

These issues represent the revival of the “national interest”<sup>39</sup>, that was a constitutional parameter formally abolished by the 2001 constitutional reform, which aimed to strengthen the position of the ordinary Regions. But in these cases, the last word always belongs to the ItCC, which has continued to interpret the Constitution from a fit perspective to the formal uniformity<sup>40</sup>, without considering the value of pluralism and the autonomy stated in the article no. 5 of the Italian Constitution<sup>41</sup> and adopting – in its review – an orientation rather favourable towards the State. Therefore, the Italian Constitutional Court itself has redesigned the legislative competence between State and the Regions, in favour of the first one, being directly responsible for balancing powers between the “center” and the “periphery”. This approach probably dates back to an historical Italian skeptical tendency towards the peripheral management of the resources and the differentiation of specific interests. However, these two factual elements have to be considered essential to truly describe the Italian regionalism’s framework<sup>42</sup>.

Moreover, although the distribution of the legislative matters could appear clear, there is an objective difficulty to subsume in which predefined pattern all the concrete legislative acts should have been inserted<sup>43</sup>: as imaged, the numbers of competence conflicts between the State and the Regions is very impressive<sup>44</sup>.

The Italian ordinary regionalism appears very weak and not able to get out from this stalemate: but, in 2015, there was an important decision of the Italian Constitutional Court ([no. 118/2015](#)), which constitutes – albeit somewhat hesitant – a partial overruling of the constitutional case-law trend in favour of the regional autonomy, with regard to the application of the article 116(3) and the role of regional advisory referendum.

---

<sup>37</sup> M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, q., 314; P. CARETTI, *L’assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in *Le Regioni*, no. 6/2001; S. MANGIAMELI, *Giurisprudenza costituzionale creativa e costituzione vivente. A proposito delle sentenze n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004*, in *Le Regioni*, no. 4-5/2008; F. MANGANIELLO, *L’interesse nazionale scompare nel testo... ma resta nel contesto. Una rassegna dei problemi*, in *Le Regioni*, no. 1-2/2012; R. TONIATTI, *L’autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, no. 4/2017, 638.

<sup>38</sup> The matters with which the State intervenes are: “protection of competition”; “determination of the basic level of benefits relating to civil and social rights that must be guaranteed throughout the national territory”; “coordination of public finance”; etc.

<sup>39</sup> M. CAMMELLI, *Regioni e regionalismo, la doppia impasse*, in *Le Regioni*, no. 4/2012, 691: “Particolarmente significativo il caso del «catalogo» delle materie ex art. 117 Cost., dove i dati presi a riferimento erano già stati superati dalla grande trasformazione italiana degli anni ’60. Al di là degli elementi di contenuto (v. caccia o pesca) o della concezione sottesa (beneficienza pubblica) le materie erano assunte come «territori», cioè definibili se non definite in modo statico, con confini chiari e comunque da riferire a titolarità soggettive esclusive e riconoscibili”; S. BARTOLE, *Interesse nazionale, supremazia dello Stato e dottrina giuridica*, in *Le Regioni*, no. 2-3/2001, 565-566.

<sup>40</sup> M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono punti di vista*, q., 322: “Comunque sia, credevo valesse la pena di interrompere riflessioni basate su paure ataviche per costruire l’unità sul piano reale: fatto di prestazioni e servizi equivalenti, di eguale dignità nell’istruzione, nella sanità, nei trasporti (...), essendo consapevole della circostanza che l’unità non è data da uniformità formali”.

<sup>41</sup> Italian Const., art. no. 5, “The Republic, one and indivisible, recognises and promotes local autonomies, and implements the fullest measure of administrative decentralisation in those services which depend on the State.

The Republic accords the principles and methods of its legislation to the requirements of autonomy and decentralisation.”

<sup>42</sup> “Si tratta di una costante del Titolo V della Parte Seconda della Costituzione, visto che, come è noto, specialmente dopo la riforma del 2001, il diritto vivente delle relazioni tra Stato, Regioni e altre autonomie territoriali risulta ben lontano da ciò che si potrebbe desumere da una semplice lettura della lettera della Costituzione stessa e da ciò che ci si poteva (o ci si auspicava di) attendere all’indomani della sua revisione”: F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, no. 4/2017, 690.

<sup>43</sup> M. BENVENUTI, *The Constitutional Distribution of Legislative Powers in Italy: recent judgments of the Constitutional Court*, in *Italian Journal of Public Law*, Issue no. 2, 2015, 392.

<sup>44</sup> In the 2017, 114 questions of constitutionality were submitted by “direct review”.



#### 4. *The relevance of the constitutional framework: brief remarks on the British context.*

The United Kingdom does not have a written Constitution: the UK Constitution is made up of different legal sources layered over the time, such as statutes having constitutional value, constitutional conventions and pivotal common law's judgments, which form the fundamental principles of British legal system, regulating the relationships between the political powers and ensuring the human rights<sup>45</sup>: UK Constitution has a higher degree of flexibility than the Italian Constitution<sup>46</sup>, even if it is strongly rooted in the British tradition.

A part from the unwritten Constitution, the British constitutional context differs from most European countries in other two aspects: the absence of the classic idea of State<sup>47</sup> and the principle of parliamentary sovereignty. This principle means that Westminster Parliament can enact any law, without any limit<sup>48</sup>, so that its Acts are supreme in the hierarchy<sup>49</sup>: the immediate consequence is that no institution – any Courts – has the capacity to declare that a statute is beyond the power of Parliament<sup>50</sup>. The EU legislation and the European Convention of Human Rights have effect in the UK thanks to the European Communities Act 1972 and the Human Rights Act 1999<sup>51</sup>. The principle of parliamentary sovereignty needs to be considered according to the operation of the *rule of law*, which assures that all public powers act lawfully, in order to protect citizens' rights and freedom<sup>52</sup>.

---

<sup>45</sup> *Statutes* are laws passed by Parliament and they are generally the highest form of law. *Conventions* are unwritten practices, which have consolidated during the time and regulate the business of governing. The term "*common law*" means, instead, the law developed by the courts and judges through practical cases. The research, due to comprehend what the British Constitution is made of, has to encompass all of them, and more besides, including local government's legislation. See P. PERNTHALER, *The English Roots of European and Global Constitutionalism*, Acts of the Conference of Comparative Public and European Law Association, University of Bari, 29-30 May 2003, 527: "A noteworthy feature of English constitutional law is that (...) namely to ensure liberty and to allocate political power within a representative system based on binding legal instruments and mechanism of control".

<sup>46</sup> "The constitution of the United Kingdom is unwritten/uncodified, in the sense that it is not contained in any single document, (...) it is relatively flexible, in the sense that any aspect can be changed by way of ordinary legislation and certain aspects can be modified by convention", P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, Hart Publishing, Oxford, 2012, 2.

<sup>47</sup> G. W. JONES, *The multi-dimensional Constitution in the United Kingdom: centralisation and decentralisation*, Acts of the Conference of Comparative Public and European Law Association, University of Bari, 29-30 May 2003, 394.

<sup>48</sup> The reference is to the Albert Dicey's thought in his "*Introduction to the study of the Law of the Constitution*". However, the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the EU legislation has affected that secular principle, directly conditioning the Parliament's legislative activity.

<sup>49</sup> This arrangement, derived directly from the *Bill of Rights 1689*, has given to the Parliament the fundamental role of protecting the human rights; see P. LEYLAND, *Civil Liberties and Human Rights: the Parliamentary Legacy Re-examined*, in Acts of the Conference of Comparative Public and European Law Association, University of Bari, 29-30 May 2003, 107.

<sup>50</sup> In Italy, where the Constitution contains fundamental rights and principles, the parliamentary activity is screened by the Constitutional Court. On the other hand, about *parliamentary sovereignty* see: N.W. BARBER, *The afterlife of Parliamentary sovereignty*, in *International Journal of Constitutional law*, Vol. 9, Issue no. 1, 2011, 145: "Once the Court - or anyone else operating within the legal order - has concluded that a document is a statute, it is obliged to treat that document as legally binding, unless it has been repealed by later legislation"; D. JENKINS, *Common law declaration of unconstitutionality*, in *International Journal of Constitutional law*, April 2009, 193: "Parliamentary sovereignty, nevertheless, ensures that the democratically elected legislature retains the final word over the unelected judiciary".

<sup>51</sup> That question is very prominent after Brexit and the Miller case, see: G. CARVALE, *Sovranità parlamentare vs sovranità popolare: nel Regno Unito si discute "The constitutional case of the century"*, in *Nomos*, no. 3/2016; F. SGRÒ, *Il caso "Brexit": qualche considerazione sulla sovranità parlamentare e sul sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico dopo la sentenza della Supreme Court of the United Kingdom*, in *Federalismi.it*, no. 5/2017.

<sup>52</sup> If this institutional mechanism based on the rule of law does not work, the courts are called to intervene and to ensure the individual rights: see M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 141.

According to that principle, the UK Parliament is – at the same time – a legislative and a constitutional organ<sup>53</sup>, depending on the matter of the statute law entered into force. For that reason, the UK does not have a constitutional Court: the power of reviewing a law is entitled the same Parliament; any constitutional justice system is – apparently – contemplated in the United Kingdom.

With regard to sub-national governments, the United Kingdom has been considered a unitary State until the 1998, when the *devolution* broke into its constitutional context. The U.K. *devolution* is a complex phenomenon one of a kind: speaking generally, it could be defined as the transfer of powers from the central Parliament and the ministers to a subordinate elected body<sup>54</sup>: starting from 1998 Scotland, Wales and Northern Ireland have reached different “degrees” of autonomy from the central power – which is represented by Westminster Parliament and U.K. government – by a process of transferring legislative and administrative powers to them<sup>55</sup>.

Northern Ireland chose the devolution form since the partition of Ireland in 1922: only in this case, devolution was a key part of an agreement, the well known as “*Good Friday Agreement*” or “*Belfast Agreement*”, which was supported by voters in a referendum in May 1998. Scotland and Wales did have another kind of political path: as a result of the political pressure, particularly in Scotland<sup>56</sup>, in September 1997 the Labour Party held two referendums<sup>57</sup> (one in Scotland and the other one in Wales) on whether to create two devolved legislatures: the majority of voters chose to establish a Scottish Parliament and a National Assembly for Wales<sup>58</sup>.

Just after the referenda, devolution of power was immediately introduced by Westminster, without an overall reform: the *Scotland Act 1998*, the *Government of Wales Act 1998* and the *Northern Ireland Act 1998* are the statutes, which govern the renewed relationships between the devolved public body and the central State<sup>59</sup>. Following the criteria indicated, the devolution phenomenon represents the most important legal issue related to the question of the *Centre versus the Locality* in the UK: it had (and still has) a significant impact on the constitutional dynamics of the United Kingdom. The principle of differentiation is easily recognisable also in the UK

---

<sup>53</sup> C. CHIMENTI, *Noi e gli altri. Compendio di diritto costituzionale italiano e di elementi comparativi, Sintesi di ordinamenti stranieri* (vol. II), *Gran Bretagna, Stati Uniti, Germania* (par. I), Torino, 2001, from 36.

<sup>54</sup> V. BOGDANOR, *The new British constitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland – Oregon, 2009, 89.

<sup>55</sup> “More precisely, devolution may be defined as involving three elements: the transfer to a subordinate elected body, on a geographical basis, of functions at present exercised by ministers and Parliament”; P. LEYLAND, *The multifaceted constitutional dynamics of U.K. devolution*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 9, Issue no. 1, 2011, 253.

<sup>56</sup> In particular, for Scottish devolution, see: I. RUGGIU, *Le politiche della devolution scozzese: unus rex unus grex unalex?*, in *Le Regioni*, no. 6/2004, 1270: “*La necessità di avere un proprio organo legislativo era particolarmente avvertita anche per soddisfare un'altra esigenza di differenziazione. La Scozia si trovava, infatti, dall'Act of Union 1707 di fronte al seguente paradosso: aveva conservato, accanto alla propria religione, incarnata dalla presbiteriana Church of Scotland, un autonomo legal system. Con tale espressione si fa riferimento alle norme civili e penali, tanto di diritto sostanziale che processuale. Ebbene, tale fondamentale settore dell'ordinamento era andato nel corso dei secoli ossificandosi e sviluppandosi in modo del tutto disorganico*”; V. BOGDANOR, *Devolution in the U.K.*, Oxford University Press, Oxford, 1999; and A. TORRE, *Il territorial government in Gran Bretagna*, Cacucci, Bari, 1991, 91.

<sup>57</sup> The fact of using referenda, to ratify an Act of Parliament about devolution, is not irrelevant from a constitutional and comparative point of view: in the 1979, during the first attempt to introduce sub-national governments, a referendum was used in Scotland, and the same thing happened in the 2014 when the Scottish government held a referendum on the Scottish independence. “Referendums are not regular feature of the British Constitution. There are no basic rules to determine when a referendum should be held, as in some written constitutions. Instead, the Government may decide to hold a referendum if it considers it is politically convenient to reach a decision only on the basis of popular support: for example the referendum held in May 2011 on electoral reform”: A. RILEY, P. SOURCES, *Common law, legal English and grammar, a contextual approach*, Hart Publishing, Oxford, 2014, 89.

<sup>58</sup> For a devolution’s brief summary see: *The Union and devolution*, House of Lords, Select Committee on the Constitution, 10th Report of Session 2015–16, 25 May 2016; *Devolution of powers to Scotland, Wales and Northern Ireland*, in [www.gov.uk/](http://www.gov.uk/), 18 February 2013.

<sup>59</sup> They contain the rules regarding the new arrangement of the competences between the devolved institutions and the central powers, comprehending legal provisions about the legislative, the administrative and the financial powers.

devolution phenomenon and constitutes one of the peculiar features of devolution<sup>60</sup>: devolution legislation and administration have not set up the same structure of government in Scotland, Wales and Northern Ireland, creating an asymmetric structure: under the devolution legislation of 1990s, the three sub-nations have three different constitutional arrangements<sup>61</sup>. England was completely omitted from any devolution process (it's the so-called *West Lothian Question*<sup>62</sup>), creating an unasspected inequality's situation<sup>63</sup>. On the other hand, Scotland has the strongest form of devolution, considering the width of its legislative and administrative powers.

The devolution reform has confirmed the British cultural and administrative tradition of approaching constitutional changes in a piecemeal rather than a comprehensive manner<sup>64</sup>: the "*ad hoc model*" implies that the central government could assess the impact of devolution over a period of time and – then – decide to change its approach, capping the previous development's manner and trying a new process. However, the British legislation allows sovereignty to be taken back by Westminster, because – not having a written Constitution – it is not clear if this territorial arrangement is destined to last<sup>65</sup>.

In the 2005 the *Constitutional Reform Act* introduced, among the other things, the United Kingdom Supreme Court (UKSC), that came into force in the 2009. The UKSC is the final court of appeal in the UK for civil cases, and for criminal cases from England, Wales and Northern Ireland and it has taken over jurisdiction about the so called "*devolution issues*" from the Judicial Committee of the Privy Council, having the power to resolve the devolution conflicts between the central power and the devolved legislature according to the different competences attributed in the Scotland, Wales and Northern Ireland Act<sup>66</sup>. It was thought to be a general high court, interpreting

---

<sup>60</sup> The asymmetry represents the immediate consequence of British devolution's pragmatical approach. The way in which devolution has been developed testifies another significant characteristic: the "*incremental*" or *ad hoc* nature, P. HOGWOOD, *The Asymmetric Institution and Politics of Devolution*, q., 410.

<sup>61</sup> This could be assimilated to the phenomenon of "*differentiated regionalism*", which is partially present also in Italy: the so-called "*special statute regions*".

<sup>62</sup> On the West Lothian Question: P. LEYLAND, *The multifaceted constitutional dynamics devolution of U.K.*, in *International Journal of Constitutional law*, q., 265: "We next turn to England, by far the most populous part of the United Kingdom, which was entirely omitted from the devolution equation in the sense that no equivalent nationwide layer of regional or devolved government was proposed to coincide with devolution elsewhere"; A. TORRE, *Scozia: devolution, quasi-federalismo, indipendenza?*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, no. 1/2013, 168: "*La West Lothian, in sintesi, determina un'evidente situazione di sopravvalutazione politica della rappresentanza della Scozia devoluta in seno al Parlamento del Regno Unito, creando un'antinomia che invero consegue all'intera riforma devolutiva così come applicata a tutte le aree substatuali del Regno Unito, ma che con più diretta attinenza al caso della Scozia produce un considerevole impatto sull'attività del Legislativo britannico e un macroscopico squilibrio politico all'interno della Camera dei Comuni*"; see also P. LEYLAND, *La multi-layered Constitution e il tentativo di devolution nelle regioni inglesi*, in *Le Regioni*, no. 1/2006, 22 and I. RUGGIU, *Aspetti recenti della devolution nel Regno Unito: uno Stato territoriale "a metà" tra occasionalismo riformista, asimmetria e pax partitica*, in *Le Regioni*, no. 6/2005, 1161.

<sup>63</sup> For that reason in the 2015 various procedural changes ("*English votes for English laws*") were introduced in the House of Commons in order to do that the legislation which affects only England requires the support of a majority of MPs representing English constituencies.

<sup>64</sup> S. BULMER, M. BURCH, *Europeanisation, Change and Devolution in the UK*, UACES Conference, Central European University, 6-8 April 2000.

<sup>65</sup> "*The UK Parliament will of course remain sovereign, but the essence of devolution is that for the better government of our country, certain powers are passed on to an elected Scottish Parliament*", G. ROBERTSON, June 1996, quoted in M. KEATING, *Remaking the Union. Devolution and British Politics in the 1990s*, London-Portland, Frank Cass, 1998.

<sup>66</sup> Each of three statutes enables the Supreme Court to rule whether the primary legislation, made by each of the devolved legislatures, is outside their fields of competence. The devolution statutes provide for a special procedure for the devolution issues raised in litigation, including mechanisms of referring (by courts or law officers) or appealing (by parties) to the Supreme Court. There are two main types of devolution issues cases: in fact, the legality of the acts of devolved institutions, embodying both the legislative both the executive branch, can be challenged for acting 1) beyond the boundaries of the subject-matter of competences by the devolution acts 2) in a way which is incompatible with Human Rights Act.

national statutes and to make a clear separation between the judiciary and the legislature<sup>67</sup>. The UKSC is itself subject to the principle of parliamentary sovereignty, which means that its power of control the statutes' lawfulness is fairly limited<sup>68</sup>: it practises a weak form of judicial review of legislation, declaring the mere incompatibility of the legislation with the *Human Rights Act*<sup>69</sup>.

The change taking place about the role of the sub-national governments has also brought to new kinds of decisions delivered by the apex Courts, which regard not only the division of power issues between the sub-national bodies and the central governments, but also the wider constitutional dynamics involved. Considering the UK constitutional system, [Axa](#) (2011) and [Agnew](#) (2017) cases are fundamental for the purpose of this paper; on the other hand, as anticipated, the ruling [no. 118/2015](#) of the ItCC has opened a new path towards the greater autonomy of the Italian ordinary regions and the role of territorial referenda.

##### 5. [Decision no. 118/2015](#): a new role of the Italian Constitutional Court about the sub-national dynamics?

Veneto is an Italian ordinary region, bordering two special regions (Trentino-Alto Adige e Friuli-Venezia Giulia). In Veneto, at the beginning of the 1990s, new regional movements for autonomy began to appear, progressively acquiring an important position in the institutional scenario. During that period, different political parties proposed several attempts to launch a popular consultation asking to the regional population if they would have got greater autonomy in Veneto. In all these cases, the Italian Prime Minister challenged the regional laws, which was all annulled by the Constitutional Court<sup>70</sup>.

Firstly, in the judgment [no. 470/1992](#), although the Court admitted that the referendum initiatives and the regional legislation may also regard the constitutional matter of the territorial communities, it affirmed that a regional consultative referendum could not exercise any form of influence or orientation in relation to the subsequent stages of the legislative law-making process, because of "*the risk of adversely affecting the constitutional and political order of the State*"<sup>71</sup>.

The perspective adopted by the ItCC was a formal one, focused on the law-making procedure's typicalness<sup>72</sup>. In the later ruling ([no. 496/2000](#)), instead, the Court used more substantial arguments to support the incostitutionality of a regional consultative referendum to change the Constitution's provisions about the autonomy of the Italian ordinary regions: it explained that the danger was represented by the fact that the regional popular initiative could influence the national electorate, by

---

<sup>67</sup> Lord Falconer declared: "(...) *By creating a Supreme Court we will separate fully the final court of appeal from parliament*".

<sup>68</sup> E. GIBSON-MORGAN, *The United Kingdom Supreme Court and Devolution Issues: Towards Constitutional Review?*, q., 94.

<sup>69</sup> This kind of judgments could be compared to the "*sentenze-monito*" ("*warning judgments*") of the Italian Constitutional Court.

<sup>70</sup> Italian Constitutional Court, judgment [no. 470/1992](#) and Italian Constitutional Court, judgment [no. 496/2000](#).

<sup>71</sup> ItCC, judgment [no. 470/1992](#), *Considerato in diritto*, par. 4: "*A questo va aggiunto il rilievo che il procedimento di formazione delle leggi dello Stato - quale risulta fissato negli artt.70 e ss. Costituzione - viene a caratterizzarsi per una tipicità che non consente di introdurre, nella fase della iniziativa affidata al Consiglio regionale, elementi aggiuntivi non previsti dal testo costituzionale e suscettibili di "aggravare", mediante forme di consultazione popolare variabili da Regione a Regione, lo stesso procedimento. Tale considerazione, se vale in relazione al potere di iniziativa delle Regioni così come configurato in generale nell'art. 121 Cost., vale a maggior ragione nei confronti di una iniziativa regionale quale quella in esame, destinata ad attivare un procedimento di revisione costituzionale ai sensi dell'art. 138 Cost.: e questo anche in relazione al fatto che la disciplina costituzionale prevede già, al secondo comma dell'art. 138, una partecipazione popolare al procedimento, ma nella forma del referendum confermativo, cui può essere chiamato, per il rilievo fondamentale degli interessi che entrano in gioco in sede di revisione costituzionale, solo il corpo elettorale nella sua unità*".

<sup>72</sup> See M. DOGLIANI, F. CASSELLA, *La "solitudine" del Parlamento nella decisione sulla forma dell'unità nazionale*, in *Le Regioni*, 1993, from 1304; N. ZANON, *I referendum consultivi regionali, la nozione di procedimento e le esigenze del diritto costituzionale materiale*, in *Giur. cost.*, 1992, from 4252.

directing it towards the constitutional basis.<sup>73</sup> At the same time, the ItCC identified the main function of the referendum in the democratic representative system, which is that - in fact - of “vivifying representation”, not because the choices made by referenda have to support those made in the representative seats, but because the referenda serve to prevent the implosion of the system of political delegation, when it is no longer able to record and satisfy the questions from below<sup>74</sup>. However, it has to be taken into account that these two rulings were adopted before the constitutional reform 2001, which introduced the possibility for the ordinary regions to get greater autonomy in specific matters.

In 2014 the Region Veneto introduced a new law (no. 15/2014), which included – among other things – the opportunity of holding a regional consultative referendum to get greater autonomy, without mentioning directly the article 116(3)<sup>75</sup>. In particular, the regional law no. 15/2014 provided for a negotiation between the Regional President and the national government to define the contents of the advisory referendum on the acquisition of additional forms and conditions of autonomy for Veneto<sup>76</sup>. In case of unsuccessful negotiations, article no. 2 authorized the Regional President to call for an advisory referendum on five different questions, as detailed below.

The Italian Government challenged the constitutionality of the regional law before the Constitutional Court, which adopted a partial but significant overruling<sup>77</sup> despite for its two previous judgments on the same issue, analyzing every single questions contained in the referendum law and underlining – one again – the importance of the territorial referenda<sup>78</sup>.

The first question intended to ask citizens of Veneto whether they would be in favour of additional forms and conditions of autonomy for the region. Even if this question made no explicit reference to article 116(3), Const. and so did not specify the subject matters on which to seek more autonomy, the Italian Constitutional Court upheld it in its ruling because the regional disposition echoed the tone and wording of article 116(3) Const.<sup>79</sup>: basically, the eventual referendum to held

---

<sup>73</sup> ItCC, judgment [no. 496/2000](#): *Considerato in diritto*, par. 5: “Se, muovendo da questo quadro sistematico, si passa allo scrutinio della legge impugnata, non è difficile rendersi conto che essa, per il ruolo che pretende di assegnare alla popolazione regionale in un procedimento che ha come suo oggetto e come suo fine politico immanente il mutamento dell’ordinamento costituzionale, incrina le linee portanti del disegno costituzionale proprio in relazione ai rapporti tra l’istituto del referendum e la Costituzione. E’ innanzitutto evidente che laddove il popolo, in sede di revisione, può intervenire come istanza ultima di decisione e nella sua totalità, esso è evocato dalla legge regionale nella sua parzialità di frazione autonoma insediata in una porzione del territorio nazionale, quasi che nella nostra Costituzione, ai fini della revisione, non esistesse un solo popolo, che dà forma all’unità politica della Nazione e vi fossero invece più popoli (...). Né varrebbe affermare che nel referendum consultivo in questione il corpo elettorale agirebbe come espressione di autonomia politica e non come istanza di innovazione costituzionale. Anche intesa nella sua accezione più lata, l’autonomia non può infatti essere invocata per dare sostegno e forma giuridica a domande referendarie che investono scelte fondamentali di livello costituzionale. Non è quindi consentito sollecitare il corpo elettorale regionale a farsi portatore di modificazioni costituzionali, giacche le regole procedurali e organizzative della revisione, che sono legate al concetto di unità e indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.), non lasciano alcuno spazio a consultazioni popolari regionali che si pretendano manifestazione di autonomia.

<sup>74</sup> See M. LUCIANI, *I referendum regionali (a proposito della giurisprudenza costituzionale dell’ultimo lustro)*, in *Le Regioni*, no. 6/2002, 1390-1391. See also ItCC, judgment [no. 453 del 1989](#): “La partecipazione delle popolazioni locali a fondamentali decisioni che le riguardano costituisce un principio di portata generale che è connaturale alla forma di democrazia pluralista accolta nella Costituzione repubblicana ed alla posizione di autonomia riconosciuta agli enti territoriali nel Titolo V, Parte II, della Costituzione. La possibilità di concorrere alla determinazione delle scelte delle quali si è destinatari, infatti, vivifica gli istituti della rappresentanza offrendo agli organi politici e amministrativi l’opportunità di un più stretto raccordo con le popolazioni amministrate”.

<sup>75</sup> See D. TEGA, *Venezia non è Barcellona. Una via italiana per le rivendicazioni di autonomia?*, in *Le Regioni*, no. 5-6/2015, 1141-1146.

<sup>76</sup> See T. CERRUTI, *Istanza autonomiste e secessioniste nelle pronunce dei giudici costituzionali*, in [Federalismi.it](#), no. 7/2018, from 95.

<sup>77</sup> M. BERTOLISSI, *Riforme, referendum che porta ad un bivio*, in [Il Tirreno](#), September 29, 2017.

<sup>78</sup> P. LEYLAND, *Referendums and the UK Constitution: Parliamentary Democracy versus the explosion of Popular Sovereignty*, in [Federalismi.it](#), no. 1/2017.

<sup>79</sup> E. ARBAN, *The referenda for more autonomy in Veneto and Lombardia: constitutional and comparative perspective*, in [Perspective on Federalism](#), Vol. 10, issue no. 1, 2018, 254. “(...) in other words, the fact that the language used was almost identical to the constitutional provision was enough for the ItCC to conclude that the only

would have concerned simply the matters listed in the art. 116(3) Const. and according its procedure. The ItCC, infact, highlights that the referendum is a connecting tool between the (regional) population and the representative institutions, stating its placement upstream of the procedure of the art. 116(3): the regional referendum remains a separate process, but its outcome could have a great political value also in the context of the differentiate regionalism. This perspective, emerging from the needs and requests of Veneto's people, shows the pragmatism character of the referendum's proposal, which is completely new to the Italian system and brings this experience closer to the devolution one<sup>80</sup>.

All the other questions were struck down by the ItCC as unconstitutional: questions no. 2 and 3 dealt with fiscal issues and drew a financial pattern in which the tax revenues collected in the territory of Veneto should be kept there for at least 80% or, in the portion cashed by the central government, at least 80% should be used locally: the ItCC argued that these two issues collided with the constitutional principles of coordination of public finance and fiscal matters. The same result had the question no. 4 concerning the removal of all allocation constraints still existing on the financial resources belonging to the region<sup>81</sup>.

Finally, question no. 5 asked "Do you want that Veneto becomes a special region?"<sup>82</sup>. Also in this case, the ItCC declared the unconstitutionality of the question, as it infringed a fundamental constitutional issue falling outside the scope of a regional referendum.

Nevertheless, this ruling seems to represent the beginning of a new way of considering the regionalism in Italy by the Constitutional Court, in a more favoured point of view towards local self-government, enhancing the institutional pluralism. The judgment also testifies a new approach to the direct democracy instruments, which upgrades the role of the citizen in the decision-making process. Indeed, there is a perceptible connection between the introduction of new sub-levels of government (or the reinforcing of the existing ones) and direct democracy tools: the referendum could be used, as a strong endorsement capable to force also the resistance of the national parliaments, enhancing the popular will<sup>83</sup>.

In front of these new territorial issues, the ItCC was able to apply its balancing and "*breathing role*"<sup>84</sup>, listening to the local demands<sup>85</sup>. On the other hand, what is controversial about the ruling is the persistent formal approach of the ItCC regarding also the role of the citizens in those particular

additional forms and conditions of autonomy that Veneto could seek were those in compliance with the constitutional provision of article 116(3).

<sup>80</sup> Taking into account, in a public comparative point of view, also other European experiences, the referenda represent the main tool used to support the local populations' demand to get greater autonomy, like in Veneto, Scotland, but also in Catalonia.

<sup>81</sup> For the ItCC this question touched upon article 119(5) Const. on fiscal federalism, and thus upon a constitutional principle that is excluded from referendum.

<sup>82</sup> F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, q., 692: "*Che il regionalismo differenziato ex art. 116, comma 3, Cost. non possa essere la via all'autonomia speciale è acquisizione smentita, in primo luogo, dalla circostanza (assorbente) che il comma 1 della medesima disposizione nomina espressamente quali possano essere le specialità regionali, accreditandone così il numerus clausus (come ha ricordato anche la Corte costituzionale nella sent. 118/2015, sulla quale si tornerà infra nel testo) e affidandone la definizione dello statuto ad una legge costituzionale*".

<sup>83</sup> On the connection between sub-national governments and direct democracy see P. LEYLAND, *Referendums and the UK Constitution: Parliamentary Democracy versus the explosion of Popular Sovereignty*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), no. 1/2017 and E. HARRIS, *Redefining Parliamentary Sovereignty: the example of devolution referenda*, in [Perspective on Federalism](http://Perspective on Federalism), Vol. 3, Issue no. 3, 2011.

<sup>84</sup> P. Grossi, 2016, Report of the Constitutional Court President in which he states that the Constitutional Court is an "*organo formalmente estraneo al sistema della tripartizione dei poteri, ma sostanzialmente dotato di compiti di "giustizia", più che solo di stretta giurisdizione, esso svolge come una funzione "respiratoria" dell'ordinamento, indispensabile nella dimensione costituzionale della convivenza*".

<sup>85</sup> The Veneto's referendum took place on the 22th October 2017: the participative quorum was reached (57.2%) and more than 98% of people voted in favour of getting more autonomy. Since that moment, a negotiating between State and Veneto has begun to find an agreement on the new matters subject to greater autonomy:

issues: in fact, the Court did not accept to trace the consultative referendum under the sphere of the freedom of expression<sup>86</sup>.

#### 6. *Axa* and *Agnew* cases: is the UKSC “just” a Supreme Court?

Scotland has the strongest form of devolution of power: the Scotland Act 1998 vested the Scottish Parliament with the power to make primary legislation for Scotland. Scottish devolution’s model is based on the traditional separation between parliamentary and executive functions<sup>87</sup>. Greater powers has been introduced with the *Scotland Act 2012* and, following the *Scottish Independence Referendum 2014*, with the *Scotland Act 2016*, with a particular regard to the tax-raising power. Even if the “No” won, such popular support in the referenda has given strong legitimacy to the devolution process, so that any future devolution retrenchment should be approved by popular vote<sup>88</sup>. Infact, Scotland Act 2016, transposing the Smith Commission’s indications<sup>89</sup>, changes the constitutional *status* of the Scottish Parliament, providing that the Scottish Parliament and the Scottish Government “*are a permanent part of the United Kingdom’s constitutional arrangements*” and that they cannot be abolished unless through a Scottish referendum<sup>90</sup>: this aspect also affects the UK constitutional dynamics and, particularly, the concept of parliamentary sovereignty<sup>91</sup>. According to *section 29, par. 1, Scotland Act 1998*<sup>92</sup>, an Act of the Scottish Parliament is not law so far as any provision of the Act is outside the legislative competence of the Parliament, that is limited by the matters reserved to Westminster Parliament<sup>93</sup>.

---

<sup>86</sup> C. FASONE, *Una, indivisibile, ma garantista dell’autonomia (differenziata): la Repubblica italiana in una recente pronuncia della Corte Costituzionale sulle leggi regionali venete nn. 15 e 16 del 2014*, [Revista Catalana di Dret Pùblic](#), August 4, 2015: “*La Corte non considera in alcun modo fondata l’eccezione sollevata dalla difesa della Regione Veneto secondo cui il referendum sull’indipendenza altro non sarebbe che un “sondaggio formalizzato” e precisa che “è giuridicamente erroneo equiparare il referendum consultivo a un qualsiasi spontaneo esercizio della libertà di manifestazione del pensiero da parte di più cittadini, coordinati tra loro (par. 5)”, ex art. 21 Cost. Al contrario, a parere della Corte, tutti i tipi di referendum popolari, nazionali o regionali che siano e anche se non immediatamente produttivi di effetti giuridici”*.”

<sup>87</sup> The Scottish Parliament is composed of a single chamber of 129 elected members and it appoints the First Minister, which is empowered to nominate the ministers of the Scottish Executive (now called the Scottish Government). The Scottish Government is the administrative body and it is responsible for the implementation of policy in Scotland, see P. HOGWOOD, *The Asymmetric Institution and Politics of Devolution*, q., 414.

<sup>88</sup> P. LEYLAND, *Referendums and the UK Constitution: Parliamentary Democracy versus the explosion of Popular Sovereignty*”, in [Federalismi.it](#), no. 1/2017, 7.

<sup>89</sup> The Smith Commission was set up to handle the new devolution stage after the Scottish referendum 2014. It consisted of two representatives of each major Scottish party. On May 22 2015, it issued his own *Command Paper*, titled “*Scotland in the United Kingdom: An enduring settlement*”, which included the so-called *Draft Scotland Clauses 2015*, that provided the basic structure of the *Scotland Act 2016*.

<sup>90</sup> Scotland Act, 2016, Part 2A.

<sup>91</sup> See M. ELLIOT, “*The Draft Scotland Bill and the sovereignty of the UK Parliament*”, in [Public Law for Everyone blog](#), 22 January 2015; K. CAMPBELL, “*The draft Scotland Bill and limits in constitutional statutes*”, in [UK Constitutional Law Association](#), January 30, 2015.

<sup>92</sup> Scotland Act, sec. 29: (1) *An Act of the Scottish Parliament is not law so far as any provision of the Act is outside the legislative competence of the Parliament.*

(2) *A provision is outside that competence so far as any of the following paragraphs apply—*

(a) *it would form part of the law of a country or territory other than Scotland, or confer or remove functions exercisable otherwise than in or as regards Scotland,*

(b) *it relates to reserved matters,*

(c) *it is in breach of the restrictions in Schedule 4,*

(d) *it is incompatible with any of the Convention rights or with EU law,*

(e) *it would remove the Lord Advocate from his position as head of the systems of criminal prosecution and investigation of deaths in Scotland.*

<sup>93</sup> Some reserved matters are: the Constitution, Political Parties, Foreign Affairs, Public Service, Defence, Treason, Financial and Economic matters (not entirely), Home Affairs (not entirely), etc.

All other matters are devolved and, on those, Scottish Parliament may issue both primary and secondary legislation.

With regard to the legislative power, Scotland Act, sec. 28 (7) also affirms: “*This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland*”. This provision emphasizes the principle of parliamentary sovereignty, stating that Westminster Parliament remains competent for all the matters, including the devolved ones<sup>94</sup>. However, section 28 has to be read and interpreted taking into account the so-called “*Sewel convention*”, which represents the soft law’s first application to the devolution context<sup>95</sup>. The Convention – reached between the British and the Scottish authorities after the Scotland Act 1998 - states that the UK Parliament would not normally legislate, with regard to the devolved matters, without the consent of the devolved legislature: the consent would be expressed by the Scottish Executive, through a *motion* to be submitted to the Scottish Parliament. The Scotland Act 2016 has formalized the “*Sewel Convention*”, introducing the sec. 28(8) which states: “*But it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament*”<sup>96</sup>.

In the light of above, the UKSC has faced, thanks to the devolution issues, two different constitutional questions regarding the role of the Scottish Parliament (Axa case) and that of the Sewel Convention ([Agnew case](#)).

Infact, the main question of the [Axa case](#)<sup>97</sup> was whether the Acts of Scottish Parliament are amenable to judicial review, and if so on what grounds. Lord Hope defines the issue as “*a matter of*

---

<sup>94</sup> P. LEYLAND, *The multifaceted constitutional dynamics of U.K. devolution*, q., 269; A. GAMPER, *Devolution in the United Kingdom: a new model of European Federalism*, q., 1106.

<sup>95</sup> In the devolution framework the criterion of competence was often juxtaposed with that of *consensus*, in order to avoid the conflicts in front of the Supreme Court and to ensure a deep connection between the different governance’s levels: the Sewel Convention is the first evidence of this view. The soft law method represents a milestone of the Scottish devolution: it creates several agreements, containing operative protocols in order to improve the cooperation among the various tiers of government. This approach makes sure that there were so few case law about devolution issues before the United Kingdom Supreme Court. The soft law method, which includes the Sewel Convention, has allowed to integrate the devolution original structure - because of its open-ended nature – contributing to maintain the continuity of the legal system, facilitating the smooth transition of policy and helping the communication between the many overlapping layers of the new governance. The use of soft law is one of the reasons for the almost lacking of litigation between the devolved government and the central power in front of the UK Supreme Court: the key role of concordats, for the administrative implementation of devolution, has largely avoided positions of conflict between the central and devolved institution. On the Sewel Convention: “*La sua rilevanza è massima se si pensa che con essa si assiste all’introduzione «in via convenzionale» del principio di competenza il quale, ragionando conformemente alla teoria della sovranità parlamentare, non avrebbe patria nel Regno Unito*”, I. RUGGIU, “*Devolution*” scozzese quattro anni dopo: “*the bones... and the flesh*”, in *Le Regioni*, no. 5/2003, 767; and P. LEYLAND, *Inter-governmental relations post devolution in the U.K.: Coordination, Cooperation and Concordats*, in VV.AA., *Regional Councils and Developed Forms of Government*, CLUED, Bologna, 2006, 160.

<sup>96</sup> “*The practise regarding Sewel Motions, which are now referred to officially as legislative consent motions, has not turned out exactly as predicted because the Scottish Parliament, Northern Ireland Assembly and latterly the Welsh Assembly have been prepared to allow Westminster to continue to legislate in a number of devolved areas. Nevertheless, it should be stressed that the original practice in Scotland was revised requiring the express agreement of the whole Scottish Parliament to avoid the risk of devolved parliaments and assemblies becoming “mere legislative” “branch factories” working to the timetable and convenience of Westminster*’. As a result, these motions have generally been used for minor provisions in Westminster Bills”, P. LEYLAND, *Constitutional Convention and the preservation of the spirit of British Constitution*, in [Rivista AIC](#), no. 4/2014, 8-9; see also S. TIERNEY, *Giving with one hand: Scottish devolution within a unitary state*, in *International Journal of Constitutional law*, October 2007, 750: “*These “Sewel resolutions” have been used extensively, largely to ensure U.K.-wide uniformity, to give legislative effect to EU law and other international obligations, and, more controversially, to create time for the Scottish Parliament to pursue other matters*”. See G. CONTI, *Un secondo referendum scozzese tra parliamentary sovereignty e popular sovereignty*, in [Rivista AIC](#), no. 3/2017, 5.

<sup>97</sup> The [Axa case](#) (2011) concerned a challenge by insurance companies, through judicial review, to the legality of the *Dameges (Asbestos-related Conditions) Scotland Act 2009*, which provides that asbestos-related pleural plaques constitute personal injury which is actionable under Scottish law. The case reached the UKSC on appeal against the judgment of the Court of Session ruling that the 2009 Damage Act was within the competence of the Scottish



great constitutional importance”, because it goes “to the root of the relationship between a democratically elected legislature and the judiciary”<sup>98</sup>.

Indeed, the UKSC affirms that all the courts, in general, and also itself are limited in their ability to scrutinise Acts of Scottish Parliament, because it benefits from a special *status*<sup>99</sup>, shared with U.K. Parliament, arising “from the depth and width of the experience of its elected members and the mandate that has been given to them by the electorate”<sup>100</sup>. So, the UKSC ultimately established that Acts of the Scottish Parliament could not be subject to judicial review on the grounds of unreasonableness, irrationality and arbitrariness<sup>101</sup>. In fact, even if the Scottish Parliament is not a sovereign parliament in the sense that Westminster can be described as sovereign, it enjoys two reasons for its authority: the first is that the U.K. Parliament has vested in the Scottish Parliament the power to make laws that are within its devolved competence; the second is given by its tradition of universal democracy, from which “it draws its strength from the electorate”. So the UKSC could judge on its competence’s limits, as also specified in the Scotland Act.

That decision represents a fundamental standpoint to understand the nature of the Scottish Parliament, its relationship with the U.K. Parliament and also with the Supreme Court: although there was a political approval of the Scottish Parliament’s and a formal recognition of its position, the supremacy of Westminster Parliament still strongly remains undoubted, even if it may assume less absolute character<sup>102</sup>.

Parliament. As first, the companies argued that the Act was incompatible with the right to property under art. 1 of Protocol 1 to the ECHR. Secondly, they affirmed that the Act represented an unreasonable, irrational and arbitrary exercise of the Scottish Parliament’s legislative authority: this argument is really prominent from a constitutional point of view, because it was based on the idea that there are common laws, as well as statutory, which limit the Scottish Parliament’s competence. The second challenge, in fact, reflects an intimate question about the nature of the Scottish Parliament.

<sup>98</sup> (2011) UKSC 46, par. 42.

<sup>99</sup> (2011) UKSC 46, par. 49.

<sup>100</sup> (2011) UKSC 46, par. 49. According to the common law tradition, the judges, who are not elected, have the duty to protect the individual rights, instead elected members of a legislature have to choose what are the best interests for the whole country.

<sup>101</sup> The only judicial review admitted on the Acts of the Scottish Parliament, is that so called “supervision jurisdiction”, in which – only in case of exceptional circumstances – the guiding principle is to be found in the rule of law, as ultimate controlling factor. “There has, justifiably, been much debate about the implications of the judgments of the Supreme Court of the United Kingdom in (...). What is perhaps the most constitutionally significant aspect of these judgments is the court’s professed residual power to review legislation on common law grounds. (...) Two residual categories have been identified by the Law Lords in these two cases. The first of these is ‘exceptional circumstances review’ as outlined by Lord Steyn in *Jackson* and Lord Hope in *AXA*. This category of review may arise where a statute violates the rule of law and the court is required to invalidate the statute because of its duty to protect the rule of law. The second is where review can be justified on the principle of legality as outlined by Lord Reed in *AXA*, S. WHEATLE, *The Residual Powers of the Court*, in [Uk Constitutional Law Association](#), July 10, 2012, ”; see also M. GORDON, *What is the point of exceptional circumstances review?*, June 18, 2012. J. DUNNE, *What has been the most significant Supreme Court case and why?*, [ibid.](#), March 30, 2012.

<sup>102</sup> “La sentenza *Axa General Insurance and others v Lord Advocate and others* [2011] UKSC 46 merita di entrare negli annuari del nuovo ordine devolutivo britannico. Con essa la Corte Suprema ha preso in esame la posizione del Parlamento scozzese e dei suoi atti legislativi nel contesto costituzionale del Regno Unito, concludendo che esso, a differenza di altri enti pubblici (tra cui le Assemblies gallese e nordirlandese che partecipano anch’esse della devolution), è organo politico nel senso pieno del termine a norma dello Scotland Act 1998 che ha devoluto alla Scozia una potestà legislativa nel senso completo del termine. Pertanto, a meno di non aver oltrepassato i limiti posti dallo Scotland Act 1998 (ad esempio invadendo il campo delle reserved matters che sono prerogativa del Parlamento di Westminster) l’attività normativa del Parlamento di Holyrood, pur rimanendo formalmente assoggettata al diritto di Westminster, acquisisce nell’ordine costituzionale britannico una posizione sui generis che argina l’influenza in Scozia della sovranità parlamentare del Legislativo britannico e impone alle Corti un obbligo di maggior deferenza e di cautela interpretativa; la Corte Suprema ha fondato i primi elementi di quella che potrebbe diventare la dottrina della sostanziale analogia (anche se non parità costituzionale) tra il Parlamento di Westminster e lo Scottish Parliament che nell’ambito della sua competenza esercita “the highest legal authority” in quanto “the dominant characteristic of the Scottish Parliament is its firm rooting in the traditions of a universal democracy. It draws its strength from the electorate”; A. TORRE, *Devolution, quasi-federalismo e indipendenza*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, q., n. 1/2013,

This last statement has been picked up again by a recent judgment of the UKSC, the so called *Miller case* about Brexit, in the reference named [Agnew case](#). The UKSC faced two questions regarding the relationship between *Brexit* and the devolved legislature: the potential existence of legislative competences of the devolved Parliaments in relation to the withdrawal of United Kingdom from the European Union and the possibility of recognizing a not merely political value to the *Sewel* convention.

As regards the first question, the Court has ruled out that Westminster Parliament should obtain the consent of the devolved legislatures before leaving the European Union. Indeed, the fact that in the devolved statutes has been included the compliance with the obligations deriving from the European Union does not imply that there is a legislative competence in the definition of international relations with the EU, which remains in the exclusive domain of the central government<sup>103</sup>.

Although there is no jurisdiction over relations with the European Union in relation to the devolved legislature, the withdrawal from EU will result in the elimination of the aforementioned constraints imposed by the European Union provisions and presumably in a re-organization of responsibilities by Westminster. As has been said, the legislative measures made by the central Parliament in devolved matters require anyway the previous consent of the devolved legislative bodies. On that particular issue, the UKSC held that section 28(8), which has formalized the *Sewel* Convention, was not a legal rule, but merely a political convention, which cannot be enforced by the UKSC<sup>104</sup>. The UKSC specified that the UK Parliament is not seeking to convert the *Sewel* Convention into a rule which can be interpreted, let alone enforced, by the courts; rather, it is recognising the convention for what it is, namely a political convention, not a constitutional parameter<sup>105</sup>, and is effectively declaring that it is a permanent feature of the relevant devolution settlement<sup>106</sup>.

Even if the UKSC does not exercise the judicial review of legislation, with the advent of devolution the UKSC dealt with and decided above constitutional issue: in this way, the role of the UKSC seems to be closer to that of guaranteeing a pre-constituted constitutional order, which is quite similar to that of a Constitutional Court in a proper sense. And this shift came directly from the territorial upheaval of devolution's phenomenon, confirming the intimate connection between the sub-national governments' arrangement and the system of constitutional justice.

---

171. Therefore, it could become necessary to rethink the idea of sovereignty, including the new structures, mechanisms and languages of devolution phenomenon and having regard to what the constitutional actors make in order to govern themselves within variety of constitutional context. See J. MORISON, *A sort of Farewell: sovereignty, Transition and Devolution in the United Kingdom*, in VV.AA., "Sovereignty and the law", Oxford University Press, Oxford, 2013, 123 - 124: "How can we change the way at we look at sovereignty? In order to do this and so gain the advantages that I will argue flow from reorienting our approach to sovereignty, it is important to stop considering sovereignty as a "thing in itself". Instead we should try to see sovereignty as a way of thinking, and one that is connected to a wider project and exercise of government".

<sup>103</sup> S. GIANNELLO, *Il caso "Miller" davanti alla UK Supreme Court: i principi del costituzionalismo britannico alla prova della Brexit*, in [Rivista AIC](#), no. 1/2017, 19.

<sup>104</sup> The validity of conventions cannot be the subject of proceedings in a court of law, see [2017] UKSC 5, par. 146. "Judges are therefore neither the parents nor the guardians of political conventions; they are merely observers".

<sup>105</sup> E. VELASCO, C. CRUMMEY, *The reading of he Reading of Section 28(8) of the Scotland Act 1998 as a Political Convention in Miller*, in [Uk Constitutional Law Association](#), 3.02.2017: "The holding of the majority in *Miller* that section 28(8) of the Scotland Act 1998, which echoes the wording of the Sewel Convention, creates no legal obligation on the UK Parliament to seek the consent of the Scottish Parliament before passing legislation to leave the European Union was remarkably underdeveloped in comparison with its commendably clear treatment of the main questions concerning the prerogative power".

<sup>106</sup>[2017] UKSC 5, par. 148:"That follows from the nature of the content, and is acknowledged by the words ("it is recognised" and "will not normally"), of the relevant subsection. We would not have expected UK Parliament to have used words if it were seeking to convert a convention into a legal rule justiciable by the courts".

## 7. Conclusions: towards new challenging paradigms.

The close link between sub-national dynamics and the systems of constitutional justice seems to be confirmed, even in a different perspective: this connection emerges, not only with reference to the birth of a non-unitary State, but also during the changing periods involving the vertical structure of a State, the so called “type of State”<sup>107</sup>.

In particular, considering the Italian case, it has been possible to see how the concrete application of a new constitutional provision (art. 116, co. 3) has had an impressive effect on the Court’s case-law, forcing it to review - if at all - its previous position on regional consultative referendums.

The judgment [no. 118/2015](#), in addition to opening the doors to the differentiated regionalism in Italy<sup>108</sup>, reiterates - even if timidly - the role of the citizen in the institutional dynamics and, in particular, in the local ones. On the other hand, the UKSC that does not exercise a constitutional review over the laws of the British Parliament (and the devolved ones) has faced - thanks to the suggestions offered by the devolution issue<sup>109</sup> - questions of crucial importance, ruling judgments, such as those on the Scottish Parliament’s nature and on the *Sewel Convention*’s value, characterised by an uncontroversial constitutional meaning<sup>110</sup>. Moreover, the pragmatic devolution development has contributed to reform the whole legal system, giving a renewed shape to the constitutional arrangement: it seems to appear more fixed and stable, slowly abandoning the traditional theory of Parliament’s sovereignty and moving close to the concept of “*constitutional supremacy*”<sup>111</sup>.

<sup>107</sup> See references no. 3 and 4 of this paper.

<sup>108</sup> F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, q.

<sup>109</sup> The mutual influence between the UK devolution’s process and the United Kingdom Supreme Court is an impressive constitutional question: in a State, that hasn’t a written Constitution, the impact of devolution’s development has been so huge that affects directly the configuration of the type of State, strengthening the role of the Supreme Court. See R. MASTERMAN, J. MURKENS, *What Kind of a Court is the UK Supreme Court?* in [Uk Constitutional Law Association](#), 11/10/2011: “*The United Kingdom Supreme Court (UKSC) is something of a novel institution among apex courts. It is not a typical supreme court with strong powers of constitutional review, but it has powers to determine the legality of administrative and executive acts and to review statutes on human rights and European Union law grounds. It cannot be conceived as the ‘ultimate guardian of the constitution’, but it clearly discharges a range of constitutional functions, which are in many ways approximate to those carried out by top courts elsewhere. It is not a federal court, but has power to determine competence disputes between the Westminster Parliament and devolved legislatures and administrations. It is not an agent of the legislature, though its work is conditioned by the doctrine of parliamentary sovereignty*”.

<sup>110</sup> This arrangement does not rule out that one day the UKSC could have the power to declare Acts or Bills unconstitutional under a codified Constitution for the United Kingdom: this process could be considered under way, with regard to the significant development of statutory sources, the introduction of devolution statutes and the strong debate of the legal experts of this point: See House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, Seventh Report of Session 2014 – 15: *Consultation on A new Magna Carta?* Even if the UKSC is considered a mere “Supreme” Court and not a constitutional one, this solving function has a strong constitutional value, which cannot be neglected. “*The United Kingdom Supreme Court (UKSC) is something of a novel institution among apex courts. It is not a typical supreme court with strong powers of constitutional review, but it has powers to determine the legality of administrative and executive acts and to review statutes on human rights and European Union law grounds. It cannot be conceived as the ‘ultimate guardian of the constitution’, but it clearly discharges a range of constitutional functions, which are in many ways approximate to those carried out by top courts elsewhere. It is not a federal court, but has power to determine competence disputes between the Westminster Parliament and devolved legislatures and administrations. It is not an agent of the legislature, though its work is conditioned by the doctrine of parliamentary sovereignty*”: R. MASTERMAN, J. MURKENS, *What Kind of a Court is the UK Supreme Court?* in [Uk Constitutional Law Association](#), 11/10/2011. See also L. GARLICKI, *Constitutional Courts versus supreme courts*, in *International Journal of Constitutional Law*, q., 44-68.

<sup>111</sup> See A. HARDING, *The “Westminster Model” Constitution Overseas: Transplantation, Adaptation and Development in Commonwealth States*, in Atti del Convegno dell’Associazione Diritto Pubblico comparato ed europeo, Università degli Studi di Bari, 29-30 maggio 2003, from 541; P. HOGWOOD, *The Asymmetric Institution and Politics of Devolution*, in Atti del Convegno dell’Associazione Diritto Pubblico comparato ed europeo, Università degli Studi di Bari, 29-30 maggio 2003, 410.

Therefore, there is a general trend towards participatory decision-making, regarding the sub-national government dynamics. In fact, the referenda set out have proved to be tools of constitutional relevance both in the British context, both in the Italian one, with a substantial difference<sup>112</sup>: the UK political parties and the public institutions managed to handle it without applying to the UK Supreme Court's; instead, the Veneto's referendum attempts - for demanding greater autonomy - have all been screened by the Italian Constitutional Court in a strong conflict's perspective between the State and the Region<sup>113</sup>.

What actually needs to be highlighted is that the Constitutional Court/Supreme Court dichotomy seems to get thinner, or even disappears, when the Court's activity is related to the regulation of the relationship between the *centre* and the *periphery*: in those issues the "apex" Courts intervene to carry out their highest role, namely to safeguard the constitutional order of a State<sup>114</sup>.

Not using the traditional classification (federal State/regional State), but analysing and comparing<sup>115</sup> the systems considering the issue of the *Centre vs Locality*, the legal expert can pick up some substantive aspects of the constitutional framework, that he could not have seen before.

In fact, to adopt the factual comparative method<sup>116</sup>, through the study of the pragmatic features of the constitutional phenomena, has allowed to clearer grasp some similarities between the two legal systems analysed, such as the differential regionalism trend<sup>117</sup> and the use of popular participation tools.

Those are means that bring citizen closer to the institutions decisions, in the perspective of Anglo-Saxon "*Constitution*" that contains the State-citizens relation<sup>118</sup>.

The indisputable recurrence of these two factors in the models examined leads to update the legal approach used in the public law debate with new paradigms<sup>119</sup>, directly connected with the concepts

<sup>112</sup> P. LEYLAND, *Referendums, Popular Sovereignty and the Territorial Constitution*, in R. RAWLINGS, P. LEYLAND, A. YOUNG, *Sovereignty and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 159.

<sup>113</sup> The reference is to the Italian Constitutional Court's judgment [no. 470/1992](#), [496/2000](#) and [118/2015](#), which will be discussed in paragraph 5.

<sup>114</sup> T. CERRUTI, *Istanza autonomiste e secessioniste nelle pronunce dei giudici costituzionali*, q., 120-122: "Nei casi di manifestazioni di istanze separatiste o autonomiste il contributo dei giudici supremi o costituzionali è determinato innanzitutto dalle previsioni della Carta fondamentale ma non si sottrae alla contemporanea influenza di fattori ulteriori che inducono tale organo, in virtù del ruolo di garante supremo dell'ordinamento che gli è attribuito, ad intervenire per salvaguardare l'ordine costituito dando un'interpretazione anche flessibile dei poteri che gli spettano e delle disposizioni, di rango costituzionale e non, che gli sono sottoposte. (...) Tornando infine alla posizione delle Corti, in quasi tutte le ipotesi in cui si è richiesto il loro intervento queste hanno svolto un ruolo determinante, trovando delle soluzioni, più o meno condivise, che hanno inciso sull'articolazione dei rapporti fra gli enti territoriali e sul complessivo modo di intendere la forma di stato del loro Paese.

<sup>115</sup> According to Paolo Grossi, the comparison "serve to intensify critical insight", P. GROSSI, *Metodologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2005, 9.

<sup>116</sup> See R. SCARCIGLIA, *Diritto globale e metodologia comparativa: verso un approccio verticale?*, q.; A. HARDING, P. LEYLAND, *Comparative Law in Constitutional Contexts*, q.; G. TIEGHI, *Fiscalità e diritti nello Stato costituzionale contemporaneo*, q.; R. HIRSCHL, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014, 21.

<sup>117</sup> The differentiation trend among the sub-national governments is a pivotal constitutional issue, which has to be faced taking into account the principle of equality. In fact, the principle of differentiation of powers and functions between sub-national governments is thought to accommodate diversity, maintaining the union of the State and guaranteeing the principle of substantial equality. But, this *special autonomy* has to be often assessed by a constitutional organ in order to not generate unjustified condition of privilege, like in the Italian case of the "special" regions.

<sup>118</sup> See par. 1, 1.

<sup>119</sup> In other words: M. BERTOLISSI, *Autonomia e responsabilità sono un punto di vista*, q., 73, in which he mentions: M. BERTOLISSI, *L'autonomia finanziaria regionale. Lineamenti costituzionali*, Cedam, Padova, 1983 "ammessa l'esistenza di una pluralità di dogmatiche, è essenziale che la dogmatica prescelta non mortifichi la propria vocazione sistematica nel caso in cui si accorga che le trasformazioni storiche sono tanto rapide da non consentire più alle sue costruzioni di essere nuove e utili" and P. BILANCIA, *Stato unitario accentrato, decentrato, federale: dalle diverse origini storiche alla confluenza dei modelli*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, no. 9, 2005, 43: "In un'analisi degli ordinamenti contemporanei però, non possiamo più fare riferimento a modelli monolitici quali Stato federale, Stato unitario accentrato o Stato Regionale (Stato unitario decentrato) perché nella realizzazione di questi modelli si sono avute una serie di varianti che, quasi in una sorta di osmosi dei criteri ordinatori da un modello ad una

of differentiation, participation and institutional pluralism, in a challenging perspective aimed at constitutional dialogue<sup>120</sup>.

---

*altro, non ci consentono oramai di riferirsi a prototipi. Muovendosi in quest'ottica, la classificazione tradizionale Stato federale, accentrato o regionale diviene perciò insufficiente a cogliere le complessità e le sfaccettature dei fenomeni in atto: principi o strumenti degli ordinamenti federali pervadono Stati unitari tradizionalmente accentrati, così come ordinamenti federali finiscono con l'adottare istituti o strumenti che ricordano il vecchio Stato accentrato".*

<sup>120</sup> *"Dialogo ... è sinonimo di 'confronto creativo', che 'tiene sempre aperte le vie della collaborazione'; di 'confronto' finalizzato 'a una conclusione, a una decisione operativa'. Porsi in questa prospettiva significa accettare, implicitamente ma chiaramente, l'idea che le istituzioni sono il campo nel quale sorgono, si sviluppano e si contrappongono relazioni umane, che via via costruiscono e definiscono rapporti permeati di valori, secondo lo splendido insegnamento dantesco per cui il diritto è 'hominis ad hominem proportio'. Significa avere sempre presente, dinanzi a sé, che, alla fine, si dovrà rendere conto, indipendentemente dal rischio di una qualche sanzione formale, perché non si potrà mai sfuggire al giudizio della propria coscienza": M. BERTOLISSI, *Pensare le istituzioni come il bene comune*, in C.A. CIAMPI, *Dizionario della Democrazia* (a cura di D. Pesole), Milano, 2005, 8.*

## Giada Brambilla

### La bandiera italiana: tra unità e differenziazione

SOMMARIO. 1. L'adozione della legge regionale veneta n. 28/2017. – 2. La bandiera: simbolo di unità. – 3. Il contesto istituzionale: verso un regionalismo a geometria variabile. – 4. La decisione della Corte: [la sentenza 183/2018](#). – 5. Conclusione.

#### 1. L'adozione della legge regionale veneta n. 28/2017.

La regione Veneto ha adottato il 5 settembre 2017 la legge numero 28, novellando la legge regionale n. 56/1975, recante *disposizioni in tema di gonfalone e stemma regionali*, ora rubricata *Bandiera, gonfalone, fascia e stemma della Regione*, così riunendo in un unico testo, stante la contestuale abrogazione della legge regionale n. 10/1998, le disposizioni circa la definizione e l'utilizzo dei simboli regionali.

La possibilità di adottare una disciplina regionale sull'uso dei simboli discende dai principi costituzionali di autonomia e pluralismo, come emerge dalla [pronuncia della Corte costituzionale n. 365 del 1990](#), secondo la quale contenuto minimale dell'autonomia regionale (nel caso sia di regioni a statuto ordinario, sia di regioni a statuto speciale) è il potere di scegliere i simboli più idonei a distinguere l'identità stessa della collettività che essa rappresenta<sup>1</sup>.

Tale possibilità ha avuto un ulteriore e più diretto riconoscimento nell'articolo 2, comma 3, della legge n. 22/1998 (*Disposizioni generali sull'uso della bandiera della Repubblica italiana e di quella dell'Unione europea*), e nell'art. 12 del regolamento n. 121/2000, da cui si trae la possibilità per le regioni di integrare la disciplina nazionale sull'uso della bandiera della Repubblica e dell'Unione Europea da parte delle amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici. Pur mancando, dunque, un'espressa previsione in Costituzione la competenza a legiferare per l'adozione e la definizione dei simboli regionali è stata ancorata all'art 5 Cost. ed al principio di autonomia in esso incardinato, sicché le leggi adottate dai vari consigli regionali sono poi confluite nei nuovi statuti regionali, entrati in vigore a seguito della modifica del Titolo V del 2001.

La legge regionale n. 28/2017 rappresenta, però, un'ipotesi distinta e nuova, poiché ambisce ad avere una valenza "sovraregionale": infatti il legislatore veneto ha inteso imporre unilateralmente l'obbligo in capo alle amministrazioni statali che operano sul territorio di esporre<sup>2</sup>, congiuntamente al tricolore e alla bandiera dell'Unione europea, la bandiera della Regione raffigurante il leone di San Marco, prevedendo, inoltre, in caso di inosservanza una sanzione amministrativa: si tratta di un *unicum* che non presenta simili, non solo nelle legislazioni delle altre regioni italiane, ma anche negli altri ordinamenti: la si potrebbe definire quasi un *tertium genus*<sup>3</sup> rispetto alle ipotesi finora note.

---

<sup>1</sup> Punto 3 del [Considerato in diritto](#).

<sup>2</sup> Si vedano, in particolare, le disposizioni oggetto del ricorso che ha dato luogo alla sentenza in esame: "all'esterno degli edifici sedi della Prefettura e degli uffici periferici delle amministrazioni dello Stato, della Regione, dei comuni e delle province, della Città metropolitana [...]" (lett. a), "all'esterno degli enti pubblici che ricevono in via ordinaria finanziamenti o contributi a carico del bilancio regionale" (lett. d), "ogni qualvolta sia esposta la bandiera della Repubblica o dell'Unione Europea" (lett. f), "sulle imbarcazioni di proprietà della Regione, dei comuni, delle province e della Città metropolitana e degli altri organismi pubblici [...]" (lett. n).

<sup>3</sup> In questo senso e per approfondire, v. G. DELLEDONNE, *Obblighi di esposizione di bandiere regionali nella Repubblica una e indivisibile: a proposito della sentenza n. 183/2018 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), fasc. 3/2018, 394.

Avverso tale legge è stato proposto immediatamente ricorso innanzi alla Corte costituzionale da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, per violazione del riparto di competenze di cui all'art 117, comma 2, lett. g), nonché degli articoli artt. 3 e 5 Cost.

La [decisione n. 183/2018 della Corte](#), pur rivelandosi abbastanza preannunciata nel senso dell'incompatibilità costituzionale dell'art. 3, comma 1, della legge impugnata per violazione delle competenze attribuite allo Stato (in quanto le regioni non possono porre a carico di organi e amministrazioni dello Stato compiti e attribuzioni ulteriori rispetto a quelli individuati con legge statale, così invadendo la competenza legislativa esclusiva in materia di "ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali"), presenta, tuttavia, spunti importanti di riflessione, avendo offerto al Giudice delle leggi l'occasione per precisare la portata dei principi costituzionali riguardanti l'emblema nazionale.

Benché, infatti, la violazione del riparto di competenze sarebbe stata sufficiente, da un punto di vista della pregiudizialità logico-giuridica, a motivare la sentenza senza necessità di portarsi oltre col discorso, la Corte ha preferito approfondire la sua argomentazione: in primo luogo, procedendo ad una ricostruzione del quadro normativo di riferimento attraverso un *excursus* che, prendendo le mosse dal dibattito in Assemblea costituente, perviene ad analizzare la normativa successiva in tema di simboli territoriali; in secondo luogo, soffermandosi sull'art. 12 Cost., quale principio fondamentale attraverso cui si propone di leggere l'art. 5 Cost, sul tricolore quale sintesi dei valori che stanno alla base del patto repubblicano, nonché sul significato delle bandiere nelle democrazie pluraliste.

## 2. La bandiera: simbolo di unità.

Prima di dar conto in maniera più estesa e puntuale della [decisione](#) della Corte, pare, peraltro, opportuno soffermarsi sul valore della bandiera nel nostro ordinamento e sulla portata dell'art. 12 Cost. nel nostro impianto costituzionale.

L'art. 12 è uno dei meno studiati della Costituzione, sul quale non sono state scritte molte pagine in dottrina<sup>4</sup> e tanto meno in giurisprudenza. Si nota, piuttosto, la tendenza ad effettuare una ricostruzione storica del simbolo, dalla sua nascita nel 1797 nella Repubblica Cispadana fino al suo "riversamento" nell'art. 12 Cost., senza darne una puntuale ricostruzione quale istituto giuridico. Anche leggendo le cronache del dibattito costituente, non si riescono a ricavare molti spunti di riflessione: anzi, malgrado la presenza di una minoranza che si interrogò sulla necessità stessa di inserire un siffatto articolo in Costituzione, non ci furono questioni di cui sia molto rilevante dar conto<sup>5</sup>.

Si noti, tuttavia, che la bandiera è l'unico dei simboli di cui la Costituzione si occupa: nessun accenno è fatto all'inno o all'emblema, quasi a voler sottolineare un rapporto endiadico<sup>6</sup> tra il simbolo stesso e i principi fondamentali dell'ordinamento, anche a ragione

---

<sup>4</sup> Sul punto, cfr. M. LUCIANI, *Costituzione italiana: articolo 12*, Roma, 2018, 2, secondo cui il sostanziale disinteresse della scienza giuridica per l'art 12 Cost. lascia interdetti, ma le ragioni di tale disinteresse sarebbero palesi e avrebbero a che fare, da un lato, con la laconicità dell'enunciato, e, dall'altro, con il pregiudizio negativo nei confronti di tutto ciò che riguarderebbe la Patria e la nazione.

<sup>5</sup> Come riportato da diversi commentatori, nonché dagli stessi giudici costituzionali nella sentenza oggetto di commento, l'inserimento di una disposizione sulla bandiera rispose all'esigenza "che vi è in tutte le costituzioni, di precisare, anche per ragioni internazionali, i caratteri del vessillo della propria nazione" (così l'on. Ruini, Presidente della Commissione dei 75). Il dibattito che ne seguì, particolarmente breve, portò poi all'approvazione dell'attuale formulazione. Una volta approvata, "l'Assemblea e il pubblico delle tribune si levarono in piedi: ne seguirono vivissimi, generali, prolungati applausi" (Ass. Cost. seduta pom. 24 marzo 1947).

<sup>6</sup> Così G. DELLEDONNE, *Obblighi di esposizione*, cit., 2.

della sua particolare collocazione a chiusura del catalogo dei diritti fondamentali (da cui alcuni hanno tratto l'opinione della sua non rivedibilità come componente essenziale del patto repubblicano)<sup>7</sup>. Alla bandiera, infatti, vengono attribuite caratteristiche funzionali e strutturali che la rendono diversa dagli altri simboli, in quanto è maggiormente riconoscibile, custodisce la memoria delle battaglie che hanno portato prima all'unificazione e poi alla nascita del Regno d'Italia e, infine, alla Repubblica, oltre ad essere una presenza costante nella vita quotidiana<sup>8</sup>. Si può affermare, insomma, che il tricolore ha una valenza empatica-emozionale più pregnante rispetto agli altri simboli, essendo il simbolo identificativo di una comunità politica, lo «strumento di identificazione della Nazione nel suo Stato»<sup>9</sup>.

Si tenga poi presente che quella sulla bandiera è una decisione costituente, non solo per il fatto, ovvio, di essere stata adottata dall'Assemblea Costituente, ma anche per il fatto che tale norma «è una decisione fondamentale sulla forma e sulla sostanza del patto repubblicano»<sup>10</sup>, che ne incarna i valori di unità, di solidarietà e di uguaglianza.

Le bandiere, infatti, hanno una forte valenza connotativa<sup>11</sup>, poiché racchiudono in un'ottima sintesi figurativa il complesso di credenze, valori e principi che sono alla base della nascita, nel nostro caso, della Repubblica<sup>12</sup>. Ma l'art. 12 non è solo una norma costituente, che riconosce un insieme di valori dal carattere storico, ma anche costitutiva, cioè prescrittiva, in quanto afferma che la Bandiera italiana è il tricolore, così come descritto: tale norma è dunque facilmente convertibile in una regola di condotta che vieta di adottare una qualsiasi altra bandiera quale simbolo della Repubblica<sup>13</sup>.

Il fatto che si sia data attuazione all'art 12 solo alla soglia degli anni Duemila<sup>14</sup>, e che, dunque, la previgente disciplina di stampo fascista abbia continuato a sopravvivere per diversi decenni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, non deve far pensare ad un precedente svilimento (e ad un disinteresse per) questa disposizione costituzionale. Al contrario, emerge dalla legge n. 22/1998 la volontà di rafforzare il concetto di unità e identità nazionale (oltre che europea), a fronte di un contesto politico che, tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, ha visto l'emersione di forze che avevano il progetto di dividere il Paese, frazionando

---

<sup>7</sup>Altri, come ad esempio A. CASSESE, *Art 12, Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, 589, ammettono invece tale possibilità. Tuttavia, sembra convincente che l'art 12 Cost. non possa essere oggetto di modifiche, se la ragione è quella di sottrarre tale disposizione (e i valori che vi sottostanno) alle possibili modifiche e strumentalizzazioni da parte delle maggioranze politiche di turno, garantendo in tal modo la neutralità ideologica del simbolo.

<sup>8</sup> Così M. LUCIANI, *Costituzione italiana*, cit., 49.

<sup>9</sup> Così nelle parole della Corte, al punto 2.1 del *Considerato in diritto* della [sent. n. 183/2018](#).

<sup>10</sup> Così M. LUCIANI, *Costituzione italiana*, cit., 10.

<sup>11</sup> Così, ancora, M. LUCIANI, *Costituzione italiana*, cit., 15, che riprende la distinzione (teorizzata da J. STUART MILL *A system of logic: ratiocinative and inductive*, New York, 1882), tra funzione denotativa e funzione connotativa.

<sup>12</sup> La Corte al punto 2.1 del *Considerato in diritto* riprende quanto già aveva detto nella [sentenza n. 189/1987](#), e, cioè, ribadisce il diverso ruolo che svolgono i simboli all'interno di una democrazia pluralista delineata dalla Costituzione repubblicana, rispetto al regime che l'ha preceduta.

<sup>13</sup> Così M. LUCIANI, *Costituzione italiana*, cit., 13, in cui definisce l'art. 12 Cost. come un classico esempio di norma costitutiva. V. anche A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori* (relazione tenutasi nel maggio 2005 nell'incontro *Interpretazione costituzionale interpretazione per valori. Due diverse prospettive a confronto* (<http://www.costituzionalismo.it/docs/interpretazionevalori.pdf>), il quale sottolinea come proprio l'art. 12 Cost, così come gli artt. 7 e 8 Cost., sembrano piuttosto una "regola", che però, in ragione della loro importanza per la definizione della forma di Stato, il Costituente non poteva non inserire tra i principi fondamentali.

<sup>14</sup> L'attuazione dell'art. 12 della Costituzione è relativamente recente, poiché il riferimento va fatto alla legge n. 22 del 1998 (*Disposizioni generali sull'uso della bandiera della Repubblica italiana e di quella dell'Unione europea*), che si dichiara adottata in attuazione proprio della suddetta norma costituzionale. Prima di questo intervento legislativo la materia ha continuato ad essere regolamentata dalla previgente normativa (r.d.l. n. 2072/1923), salvo un intervento di normazione secondaria, il d.p.c.m 3 giugno 1986.



l'Italia in diverse unità o macroregioni<sup>15</sup>, fino a spingersi, nella metà degli anni '90, a parlare anche di secessione<sup>16</sup>.

La bandiera è, dunque, simbolo e fattore di integrazione sociale, che riflette esperienze comuni del popolo italiano, oltre a radicare nel tessuto sociale credenze tradizionali: possiede un'anima collettiva, che concilia gli opposti e compone le contraddizioni<sup>17</sup>, è un segno di unità e solidarietà, intorno al quale si stringe l'Italia ferita all'indomani della seconda guerra mondiale, con una popolazione coesa nelle diversità. La necessità, quindi, di dare sostegno, anche simbolico, alla nazione ha spinto i costituenti a scegliere una così singolare collocazione della norma.

Si noti, inoltre, come una forte esibizione dei simboli emerga tutte le volte in cui una comunità esce dall'oppressione, come è stato il caso dell'Italia del secondo dopoguerra, dopo la liberazione dal regime fascista, o quando si rivendichi una maggiore autonomia all'interno di uno stato composito<sup>18</sup>.

### *3. Il contesto istituzionale: verso un regionalismo a geometria variabile.*

Anche la legge regionale n. 28/2017 riflette una precisa impostazione di politica legislativa perseguita dal legislatore veneto negli ultimi anni, che rende meno sorprendente la normativa in questione rispetto a quanto potrebbe apparire in un primo momento, ed anzi la colloca in una continuità logica volta a rivendicare e sancire l'autodeterminazione del "popolo veneto"<sup>19</sup>.

Premesso, quindi, che la regione Veneto non è nuova a rivendicazioni tanto di maggiore autonomia, quanto identitarie<sup>20</sup> (anche a ragione della stessa collocazione geografica della regione, stretta fra due altre regioni a statuto speciale), ci pare che tale normativa debba essere

---

<sup>15</sup> Si ricordi l'idea-progetto di G. Miglio, nel cd "Decalogo di Assago", di una Repubblica del Nord, di una Repubblica dell'Etruria e di una Repubblica del Sud, con la conservazione delle cinque Regioni a statuto speciale.

<sup>16</sup> A tal proposito si veda G. LUCHENA e R. MANFRELOTTI, *Profili giuridici della bandiera tra modello costituzionale e ordinamento comunitario*, in [Diritto Pubblico europea Rassegna OnLine](#), n. 2/2017. È, infatti, nel 1991-92 che inizia l'ascesa politica della Lega Nord, con una connotazione autonomista/indipendentista, stante anche la sua nascita quale raggruppamento dei vari movimenti autonomisti di carattere locale sorti nell'Italia settentrionale. La parola "secessione" è stata poi pronunciata per la prima volta da Umberto Bossi nel 1995 in occasione del voto per la legge finanziaria: da quel momento è stato un susseguirsi di iniziative e manifestazioni tutte accomunate dal forte valore simbolico (come, ad esempio, l'inaugurazione della "festa dei popoli padani", l'elezione del parlamento della Padania e, non ultima, l'adozione della bandiera padana).

<sup>17</sup> V. G. LUCHENA e R. MANFRELOTTI, *Profili giuridici*, cit.

<sup>18</sup> V. LUCHENA e R. MANFRELOTTI, *Profili giuridici*, cit. Significativo è anche il fatto che il *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, mai entrato in vigore a causa del voto sfavorevole in sede referendaria di Francia ed Olanda, prevedesse una norma sulla bandiera, poi non riproposta nel Trattato di Lisbona del 2007, a voler sottolineare, anche in questo modo, il carattere non costituzionale di quest'ultimo trattato.

<sup>19</sup> A tal proposito, si vedano gli articoli iniziali dello statuto della regione Veneto (in particolare gli artt. 1, comma 2, e 2), in cui forti sono i richiami al "popolo veneto" e alla sua storia, in una visione identitaria alquanto pregnante.

<sup>20</sup> Solo per riportare un esempio recente, la Corte costituzionale, con [sentenza n. 81/2018](#), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge regionale n. 28/2016, nella parte in cui dava attuazione alla convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali, qualificando in tale veste il popolo veneto, per violazione degli artt. 2, 3, 5, 5 e 6 Cost. La Corte ha specificato che è compito del legislatore statale determinare gli elementi identificativi di una minoranza da tutelare, essendo lo stesso «nella posizione più favorevole a garantire le differenze proprio in quanto capace di garantire le comunanze e risulta, perciò, in grado di rendere compatibili pluralismo e uniformità». «Riconoscere un tale potere – ha proseguito la Corte – al legislatore regionale significherebbe, infatti, introdurre un elemento di frammentazione nella comunità nazionale contrario agli artt. 2, 3, 5 e 6 Cost».

vista in un contesto teorico più ampio. La stessa vicenda che ha visto coinvolta la regione Veneto si inserisce in un particolare clima politico-istituzionale, caratterizzato da due importanti avvenimenti in Europa: una divisione a livello sovranazionale, con la *Brexit*, che ha portato alle trattative per l'uscita della Gran Bretagna dall'Unione Europea, e una tentata secessione con il *referendum* dell'ottobre 2017, volto all'ottenimento dell'indipendenza dell'attuale Comunità Autonoma dal Regno di Spagna.

Sempre dell'ottobre 2017, e precisamente il 22 ottobre<sup>21</sup>, sono, poi, i *referendum* consultivi delle regioni Veneto e Lombardia (certo assolutamente non paragonabili a quello catalano, tanto per le forme utilizzate che per le rivendicazioni ad essi sottese), volte ad ottenere una legittimazione ulteriore (cioè una posizione di maggior forza) con cui presentarsi al tavolo delle trattative con lo Stato, per stipulare ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, in un'ottica nuova di regionalismo sempre più contrattualista<sup>22</sup>.

Ebbene, la legge regionale in questione è stata adottata solo un mese prima rispetto ai *referendum*, quasi a voler costituire un quadro preparatorio, o più propriamente anticipatorio, rispetto ad un nuovo statuto di autonomia a cui punta la Regione.

#### 4. La decisione della Corte: [la sentenza 183/2018](#).

La decisione della Corte che ha dichiarato incostituzionale l'art. 3, comma 1 della legge impugnata, lo si è detto, era in sé facilmente prevedibile, stante la violazione del riparto di competenze *ex art* 117, comma 2 Cost, ponendosi anzi in una ideale linea di continuità con la precedente [sentenza n. 81/2018](#). Degna di nota è, dunque, l'impostazione seguita dal Giudice delle leggi in motivazione.

---

<sup>21</sup> La scelta di tale giorno non è casuale, ma ha avuto una valenza fortemente simbolica: il 22 ottobre 1866, infatti, il Veneto ottenne l'annessione all'Italia per via plebiscitaria,

<sup>22</sup> Per un accenno al problema, si rinvia a G. DELLEDONNE, *Obblighi di esposizione*, cit., 6. Per un quadro puntuale, si veda L. VIOLINI, *L'autonomia delle regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art 116, comma 3, Cost*, in [RivistaAic](#) 4/2018; e S. NERI, *I nodi interpretativi e le possibili soluzioni organizzative per l'attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, in [Diritti Regionali](#), 2/2018. A seguito della stipula dei Preaccordi tra il governo Gentiloni e le tre regioni capofila, risalenti al 28 febbraio 2018, si sono avuti vari sviluppi sulla vicenda: innanzitutto v'è stato un ridimensionamento delle attribuzioni inizialmente richieste da Lombardia e Veneto, che all'atto dei preaccordi parevano maggiormente allineate sulle richieste avanzate dall'Emilia Romagna (sintetizzabili in cinque macro-aree: la valorizzazione dell'ambiente e dell'ecosistema, la tutela della salute, l'istruzione, la tutela del lavoro e i rapporti internazionali e con l'UE); quindi, anche altre 10 regioni hanno inteso avviare trattative con il Governo al fine di ottenere condizioni particolari di autonomia, cosicché su un totale di 15 regioni a statuto ordinario, ben 13 intendono ottenere maggiori attribuzioni (con la sola eccezione dell'Abruzzo e del Molise: v. una sintesi del rapporto del dossier del Servizio studi del Senato, "*Verso un regionalismo differenziato*" in <http://www.regioni.it/newsletter/n-3424/del-20-07-2018/autonomia-differenziata-coinvolte-13-regioni-su-15-18383/>). Ad un anno dalla firma dei preaccordi, con un governo alquanto diverso per composizione e ideologia politica (comunque sensibile alla tematica, avendola inserita tra i punti cardine del contratto di governo), è stato raggiunto l'accordo tra lo Stato e le Regioni per quanto riguarda la parte finanziaria (a seguito dell'esito positivo dell'istruttoria del Mef, secondo le dichiarazioni rilasciate dal ministro per gli affari regionali, Erika Stefani). Gli accordi sono poi giunti sul tavolo del Consiglio dei Ministri il 15 febbraio 2019, registrando però una contrapposizione tra le due anime dell'esecutivo. Da una parte, la Lega preme affinché il processo sia completato il più velocemente possibile, in quanto tema centrale per il partito che fin dalla sua fondazione si batte affinché le regioni, specie quelle del Nord, possano avere una maggiore autonomia; dall'altra, il M5S sottolinea la necessità di pensare in chiave solidaristica e cooperativa al regionalismo differenziato, esprimendo preoccupazioni circa i livelli essenziali delle prestazioni (Lep) nelle materie oggetto dell'accordo (desta particolare preoccupazione la devoluzione alla sola competenza regionale dell'ambito sanitario), ed il timore che ne risultino accentuate le differenze tra meridione e settentrione.

Partendo dalla ricostruzione del quadro non solo normativo, ma anche storico<sup>23</sup>, di riferimento, la Corte ha sottolineato la valenza della bandiera all'interno di una democrazia pluralista rispetto al regime che l'ha preceduta<sup>24</sup>, sottolineando come la sua previsione espressa imprima un carattere rigido all'emblema dell'unità nazionale, che designa simbolicamente l'identità di un determinato Stato<sup>25</sup>.

La Corte costituzionale ha accolto, poi, anche il motivo di ricorso basato sull'art 5 Cost., affermando, come già accennato, che la disposizione debba essere letta, nel caso concreto, alla luce dell'art. 12 Cost. (benché non evocato come parametro dal ricorrente), facendo così emergere, tramite un collegamento esplicito, ciò che è già implicito nei colori nazionali: il concetto di unità<sup>26</sup>. Unità che non significherebbe assenza di diversità, in quanto andrebbe intesa in senso sostanziale<sup>27</sup>, quale ricerca di un equilibrio tra la costante tensione di unità e differenziazione, al fine di attuare una proficua cooperazione tra i vari livelli di governo, anziché una competizione. Il legislatore veneto in questo caso, però, si sarebbe spinto troppo oltre: dal combinato disposto delle due norme sopracitate ne deriva, infatti che resta escluso che «lo Stato-soggetto possa essere costretto dal legislatore regionale a fare uso pubblico di simboli che la Costituzione non consente di considerare come riferibili all'intera collettività nazionale»<sup>28</sup> (non condivisibile è risultata pertanto la tesi della resistente secondo cui la disposizione censurata non avrebbe violato l'art. 5 Cost., ma ne sarebbe stata una forma di attuazione, nella parte in cui riconosce le autonomie locali ed afferma così il principio del pluralismo).

Come ha osservato ancora la Corte, censurando la confusione che potrebbe ingenerare la presenza di una molteplicità di simboli, l'unità e l'indivisibilità della Repubblica comportano che le Regioni non possano avanzare la pretesa di affiancare obbligatoriamente al tricolore i vessilli delle autonomie locali in tutte le occasioni in cui il simbolo sia chiamato a palesare il carattere nazionale dell'attività svolta da determinati enti e/o uffici. In tal senso, quello della regione Veneto si sarebbe invece configurato come un obbligo unilaterale e illegittimo di esposizione dei simboli regionali, che avrebbe inciso su soggetti sia privati, sia pubblici: parafrasando le parole della Corte (ben conscia, peraltro, dell'eterogeneità delle due situazioni), sarebbe come se l'Italia avesse imposto agli organi dell'Unione Europea l'obbligo

---

<sup>23</sup> Come ricordato da J. BRYCE, ripreso da A. PACE nella presentazione a *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano, 1988, il costituzionalista, per essere tale, deve essere sempre storico, non meno che giurista, se vuole svolgere al meglio i suoi studi e il suo lavoro.

<sup>24</sup> «Nello stato autoritario, la bandiera è il simbolo della sovranità nazionale, di uno stato che non riconosce altri valori oltre quelli dei quali si fa detentore e impostore: da ciò [...] il generale divieto di esposizione di bandiere estere», così al punto 2.1 del [Considerato in diritto](#).

<sup>25</sup> Così la [sentenza](#) al punto 2.1 del [Considerato in diritto](#).

<sup>26</sup> Il tricolore italiano nasce quale bandiera nazionale a Reggio Emilia nel 1797, con decreto del Parlamento della Repubblica Cispadana. Con la nascita delle repubbliche giacobine sul suolo italiano, a seguito della prima campagna d'Italia di Napoleone, la bandiera verde, bianca e rossa, utilizzata quale stendardo dai reparti militari "italiani" (anche se con fogge tra loro diverse), venne avvertita non più come segno dinastico o militare, ma quale simbolo del popolo, delle libertà conquistate, della stessa nazione. Più tardi, in occasione della prima guerra d'indipendenza (1848), al termine del suo proclama alla popolazione del lombardo-veneto, Carlo Alberto volle che le truppe, per meglio dimostrare il sentimento dell'unione italiana, portassero lo scudo sabauda sovrapposto alla Bandiera tricolore italiana. Il 17 marzo 1861 con la proclamazione del Regno d'Italia, la bandiera, per consuetudine, continuò ad essere quella della prima guerra d'indipendenza (per approfondimenti, cfr. all'indirizzo telematico <https://www.quirinale.it/page/tricolore>).

<sup>27</sup> Così A. D'ALOIA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali: uno snodo decisivo nella configurazione del nuovo disegno autonomistico* (versione provvisoria), Atti del Convegno annuale Associazione Gruppo di Pisa tenutosi a Pavia il 6 e 7 giugno 2003 sul tema La riforma del Titolo V e la giurisprudenza costituzionale, in <http://costituzionale.unipv.it/>.

<sup>28</sup> Il riferimento è al punto 3.2 del [Considerato in diritto](#) della decisione in commento.

di esporre il tricolore all'esterno delle sedi delle proprie istituzioni<sup>29</sup>. Nonostante tali prese di posizione, secondo alcuni commentatori<sup>30</sup>, la Corte avrebbe comunque perso l'occasione per andare oltre la sola affermazione della rigidità dell'art. 12 Cost. per riconoscere ad esso la piena e autonoma dignità di principio fondamentale.

La vicenda invero non deve essere letta tanto con riferimento all'art. 12 Cost. in sé considerato, quanto in una prospettiva più ampia, quale situazione emblematica dell'attuazione del regionalismo differenziato previsto dall'art 116, comma 3 Cost. Torna, dunque, di grande interesse il tema del regionalismo, e in particolare della nuova fisionomia che dovrebbe assumere l'assetto regionale, a seguito proprio dei *referendum* dell'ottobre 2017 e le trattative (avviate anche da altre regioni) che ne sono seguite, le quali paiono aver ravvivato «la domanda di autonomia e, anche, di ribellione [...] che ha da sempre segnato il regionalismo nostrano»<sup>31</sup>. D'altro canto, è noto come, dopo le iniziative a cavallo dello scorso secolo, il processo di riforma abbia subito un drastico rallentamento particolarmente a causa della crisi economico-finanziaria del 2009, che ha imposto l'adozione di un coordinamento fortemente centralizzato della finanza pubblica<sup>32</sup>.

Ad oggi, questo processo sembra ricominciato con un certa vivacità. Ciò che, però, pare opportuno sottolineare è che non si tratta solo di un problema di maggiore autonomia amministrativa e legislativa, ma soprattutto dell'impatto che il percorso intrapreso potrebbe avere sul riparto di competenze *ex art.* 117 Cost. Dopo l'entrata in vigore dell'art 116, comma 3, Cost. si è minimizzato la portata di tale norma, sottovalutando il fatto che “forme e condizioni particolari di autonomia” riguardano tutto il terzo comma dell'art. 117 Cost, e non solo le materie espressamente indicate nella lettera della norma (art. 117, comma 2, lett. *l*), *n*) e *s*), Cost. E, tra queste materie, ve ne sono alcune molto importanti, come l'istruzione, la sanità, il governo del territorio e i rapporti internazionali, settori strategici e fondamentali per la tutela dei diritti e il funzionamento dello stato sociale (*Welfare State*).

Il rischio è quindi che, per il tramite di intese<sup>33</sup>, riesca svuotato l'ambito della legislazione concorrente, ossia il “cuscinetto” che media tra i due poli della competenza esclusiva statale, da un lato, e quella residuale regionale, dall'altro.

---

<sup>29</sup> Si veda il punto 3.2 del *Considerato in diritto* della sentenza in commento, «A prescindere dalla chiara eterogeneità dei rapporti tra Unione europea e Stati membri rispetto ai rapporti tra Repubblica italiana e Regioni [...]. Lo Stato italiano non ha preteso, per contro, di imporre l'esposizione della bandiera nazionale ad organi e uffici rappresentativi della comunità sovranazionale di cui l'Italia è parte, come invece ha inteso fare, *mutatis mutandis*, la Regione Veneto con la norma impugnata, nei rapporti con lo Stato».

<sup>30</sup> Per un'impostazione del problema si veda C.P. GUARINI, *Sul ponte sventola bandiera ... veneta. Notazioni a margine della sentenza della corte costituzionale n. 183 del 2018 sull'utilizzo di bandiera e simboli ufficiali delle regioni*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it).

<sup>31</sup> Così L. VIOLINI, *L'autonomia delle regioni italiane*, cit., 13.

<sup>32</sup> La giurisprudenza della Corte costituzionale in argomento è copiosa. Tra le tante si segnala la [sentenza 57/2010](http://www.cortecostituzionale.it/decisions/57/2010), sul ricorso promosso dalla Regione Toscana sull'art 67 della legge 133/2008 di conversione del decreto legge 112/2008 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria); la [sentenza 212/2012](http://www.cortecostituzionale.it/decisions/212/2012), ricorso promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri avverso la legge n. 16 del 2011 della Regione Sardegna (Norme in materia di organizzazione e personale); le [sentenze 191](http://www.cortecostituzionale.it/decisions/191/2017) e [192 del 2017](http://www.cortecostituzionale.it/decisions/192/2017), sui ricorsi promossi, rispettivamente, dalle Province autonome di Trento e Bolzano e dalla Regione Veneto, avverso la legge 208/2015 (Legge di stabilità 2016).

<sup>33</sup> A destare preoccupazione è l'incertezza della procedura da seguire per il perfezionamento delle leggi sull'autonomia differenziata, stante la lacunosità del comma 3 dell'art 116 Cost. e la mancata adozione di una legge che ne disciplini il procedimento. La norma prevede che alla base della legge debba esservi un'intesa, analoga a quella prevista all'art 8 Cost. ma le maggiori perplessità riguardano il ruolo del Parlamento. In particolare le posizioni sono divise tra coloro che ritengono che l'assemblea legislativa debba avere una mera funzione di ratifica dell'intesa, senza possibilità alcuna di apportarvi emendamenti. Di segno contrario sono coloro che ritengono che la procedura per l'adozione delle leggi sull'autonomia differenziata sia un

## 5. Conclusione.

Può finalmente osservarsi che, se anche la normativa censurata dalla Corte con la sentenza in commento dovesse rientrare all'interno dell'intesa avviata tra la Regione il Governo (secondo quanto dichiarato dal presidente Zaia<sup>34</sup>), difficilmente sfuggirebbe ad una nuova censura di illegittimità, poiché diversamente si continuerebbe a violare la competenza esclusiva statale in materia ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici, *ex art. 117, comma 2, lett. g), Cost.*, (infatti, benché il tema della violazione della competenza legislativa esclusiva statale sia stata risolta in maniera forse troppo sintetica<sup>35</sup> da parte della Corte in questa occasione, e l'argomentazione sul punto sia rimasta assorbita nella motivazione, è opportuno precisare che proprio nell'elusione dell'art 117, comma 2, Cost. si rinviene la "chiave di volta" della decisione).

Comunque sia, se si vuole evitare che l'apertura ad un regionalismo differenziato diventi un passo verso una più accentuata separazione tra le diverse aree del Paese<sup>36</sup>, si dovrebbe tenere conto, da un lato, delle peculiarità e delle specificità delle diverse realtà territoriali, e dall'altro lato, della solidarietà nazionale, dando spazio alle energie positive ed alle spinte propulsive espresse dalle collettività locali, in un quadro che resti ancorato al principio unitario, imprescindibile affinché il processo di differenziazione abbia luogo nel rispetto del principio di eguaglianza sostanziale, oltre che in quello di unità ed indivisibilità della Repubblica, racchiuso nell'art. 5 Cost.

---

procedimento complesso, scindibile in due fasi: la prima coincide col perfezionamento dell'intesa tra la regione interessata e il governo; la seconda prevede il perfezionamento dell'accordo così raggiunto tramite l'adozione di una legge che parlamentarizzi il procedimento, lasciando libere le Camere di apportare modifiche all'intesa raggiunta dall'esecutivo (per un approfondimento sulla genesi dell'art. 116, comma 3, il suo ruolo all'interno del sistema delle fonti e i suoi limiti si veda A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, Costituzione*, in *Federalismo fiscale: rivista di diritto ed economia*, 1/2007).

<sup>34</sup> V. il comunicato stampa n. 1486 del 4 ottobre 2018 ([https://www.regione.veneto.it/web/guest/comunicati-stampa/dettaglio-comunicati?\\_spp\\_detailId=3243089](https://www.regione.veneto.it/web/guest/comunicati-stampa/dettaglio-comunicati?_spp_detailId=3243089)).

<sup>35</sup> La sentenza avrebbe un andamento sinusoidale, a parere di P. I. D'ANDREA, *L'uso delle bandiere regionali e i simboli dell'unità: alcune precisazioni dalla Corte costituzionale (Nota a Corte cost., sent. n. 183 del 2018)*, in *Diritti Comparati* 14.12.2918.

<sup>36</sup> Ha ben evidenziato le sfide per il futuro del regionalismo, in occasione del Convegno nazionale AIC, Firenze 2018, A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali* (al sito telematico [https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegniAnnualiAIC/XXXIII\\_Convegno\\_Annuale\\_AIC\\_Relazioni/Alessandro\\_Morelli\\_-\\_Le\\_relazioni\\_istituzionali.pdf](https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegniAnnualiAIC/XXXIII_Convegno_Annuale_AIC_Relazioni/Alessandro_Morelli_-_Le_relazioni_istituzionali.pdf)).

**Vincenzo Sciarabba**

**Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee:  
uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato\***

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: l'importanza di un approccio "costituzionale". – 2. Cenni sul ruolo della Corte costituzionale, dei giudici comuni e... degli avvocati. – 3. La giurisprudenza costituzionale relativa al ruolo della CEDU. – 4. La giurisprudenza costituzionale relativa al ruolo della "Carta di Nizza". – 5. I diversi utilizzi delle diverse fonti in uno schema cartesiano. – 6. (A) L'interpretazione conforme. – 7. (B) L'applicazione diretta (senza disapplicazione di norme legislative contrastanti). – 8. (C) L'applicazione diretta (con disapplicazione di norme legislative contrastanti). – 9. (D) L'incidente di costituzionalità. – 10. (E) Il rinvio pregiudiziale. – 11. (F) La richiesta di parere consultivo. – 12. (G) Il ricorso diretto. – 13. Considerazioni finali.

*1. Considerazioni introduttive: l'importanza di un approccio "costituzionale"*

Una considerazione preliminare che può farsi accingendosi a un breve tentativo di riflessione sugli strumenti a disposizione degli avvocati per cercare di ottenere la miglior possibile tutela e attuazione dei diritti e dei principi fondamentali riconosciuti dal (o comunque rilevanti nel) nostro ordinamento a vantaggio dei propri assistiti riguarda il tipo di approccio e di competenze necessarie per orientarsi nel modo più corretto ed efficace nel complesso intreccio di fonti e corti nazionali ed europee che, a vario titolo, hanno o possono avere rilievo e "voce in capitolo" in questo ambito: ambito che peraltro, vale la pena ricordare, è in realtà pressoché privo di confini, in tutti i sensi, data la trasversalità, la pervasività e la pregnanza di ricadute di tali diritti e principi, quale che ne sia la matrice e la sede applicativa, praticamente in ogni campo della vita giuridica, sociale e personale.

Ciò che sembra importante notare – specie alla luce degli evidenti limiti che la formazione degli avvocati incontra sotto il profilo in questione, sia in fase iniziale sia nel corso della vita professionale – è il dato di fatto che su questo terreno è restando assolutamente centrale l'approccio *costituzionale*; è e restando centrale il ruolo *del diritto costituzionale*; è e restando centrale, pur assumendo nuovi contorni, il ruolo *della Corte costituzionale* e della sua giurisprudenza: o meglio, su un piano operativo, è e restando centrale il "gioco di squadra" tra Corte costituzionale, giudici comuni e, alla base, ecco il punto che più ci interessa, avvocatura (non si menzionano per il momento le due Corti europee, quella di Lussemburgo e quella di Strasburgo, per non complicare inutilmente il quadro in questa fase: di esse si parlerà più avanti).

Per chiarire a sufficienza il motivo e il senso di tale affermazione dovrebbe bastare qualche rapidissima osservazione (partendo dal livello più alto, cioè appunto dalla Corte costituzionale, e andando rapidamente a scendere).

*2. Cenni sul ruolo della Corte costituzionale, dei giudici comuni e... degli avvocati*

In linea generale, la perdurante centralità del diritto costituzionale e del giudice costituzionale può ricollegarsi a una circostanza che è stata molto ben messa in luce, tra l'altro, da un noto studioso ed

---

\* Il lavoro, destinato alla pubblicazione anche su I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie, rappresenta una versione rielaborata della relazione svolta nell'ambito della tavola rotonda "L'Avvocato internazionalista nella difesa dei diritti davanti al Giudice interno e alle Corti Internazionali" organizzata a Genova il 27 febbraio 2019 dall'Unione forense per la tutela dei diritti umani con il patrocinio del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova in occasione della presentazione della I edizione della Scuola di alta formazione specialistica dell'avvocato internazionalista" (in collaborazione con la Scuola Superiore dell'Avvocatura, il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli" e l'Università di Macerata).

avvocato *penalista* (... dunque non un costituzionalista, giusto per sgombrare il campo da ogni sospetto di corporativismo o autoreferenzialità!) e cioè Vittorio Manes, il quale ha osservato che la Corte costituzionale – la quale evidentemente opera basandosi, per l'appunto, sulle norme della Costituzione nonché, può aggiungersi, sulle categorie dogmatiche e concettuali tipiche del diritto costituzionale – “ancor prima di poter svolgere il tradizionale ruolo di censore delle insubordinazioni gerarchiche tra una fonte e l'altra (come nel tradizionale modello ‘piramidale’ kelseniano, dov'era garante dello *Stufenbau* ordinamentale), deve impegnarsi a stabilire l'esatta collocazione ed il rango da attribuire alle diverse fonti [nazionali, comunitarie/eurounitarie, convenzionali ed internazionali in genere] ed a chiarire gli effetti che le stesse possono esplicare” all'interno del nostro ordinamento, “ora ‘in sede diffusa’, ora nella sede tipica del controllo accentrato di costituzionalità”. Con la conseguenza che “è, dunque, nei suoi tracciati [cioè in pratica, come si accennava, nella giurisprudenza di tale Corte] che – tra le maglie della ‘rete’ – è possibile intravedere non già la sagoma di una ‘piramide’, ma quantomeno un insieme di *regole di prevalenza* o di semplice *convivenza* con le quali si tenta di ‘gestire’ una pluralità di ordini giuridici non ordinati a sistema”<sup>1</sup>.

Regole (e, a monte: norme, pronunce giurisdizionali e categorie dogmatiche e concettuali) senza la cui piena conoscenza e padronanza – ecco il punto – gli avvocati vengono oggi a trovarsi sempre più spiazzati e in un certo senso impotenti, inerti, di fronte ai turbinosi sviluppi che si sono avuti negli ultimi anni, tanto a livello nazionale quanto a livello europeo; e attraverso la cui conoscenza e padronanza (invero ad oggi molto poco diffusa), al contrario, gli avvocati possono svolgere un ruolo attivo e spesso assai incisivo – ben più di quanto essi tendano a pensare (o, meglio, a *non* pensare, trattandosi di aspetti per lo più neanche presi in considerazione) – a vantaggio dei propri assistiti, nonché, indirettamente e più in generale, a vantaggio dell'ordinamento giuridico e dell'intera società<sup>2</sup>.

Passando dall'astrattezza di queste considerazioni generali a un rilievo pratico di immediata percezione, si può poi notare che alla luce degli sviluppi giurisprudenziali più recenti (su cui ci si soffermerà meglio più avanti) il giudizio innanzi alla Corte costituzionale ad oggi è *l'unico* nel quale sia possibile fare *contestualmente* applicazione – nel modo più “pieno” e con la massima efficacia, ovvero con effetti *erga omnes* in caso di accoglimento della questione – *della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)*, ovviamente *della Costituzione*, e ora anche *della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, almeno nelle ipotesi contemplate dalla fondamentale [sentenza n. 269 del 2017](#) (e, in termini estensivi, nella [sentenza n. 20 del 2019](#)).

Viceversa, è ovvio che una simile applicazione contestuale di tutte le fonti rilevanti in tema di diritti e principi fondamentali (le tre appena citate, ma anche altre di minor rilievo su cui qui si sorvola) non può aversi nei giudizi presso le due Corti europee<sup>3</sup>, le quali non potrebbero far altro che applicare (salve alcune possibili, marginali precisazioni cui si farà subito cenno in nota) la sola carta di riferimento<sup>4</sup>; mentre, per parte loro, i giudici comuni potrebbero sì tenere conto di tutte e tre le

---

<sup>1</sup> V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, 391 ss., spec. 395, nonché in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2012 (corsivi testuali).

<sup>2</sup> Particolarmente calzante a questo proposito è una significativa affermazione reperibile in una recente sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che è parso utile citare testualmente nelle ultime righe del presente contributo.

<sup>3</sup> ... al di là poi del fatto che almeno con una di esse, quella di Strasburgo (ossia la Corte europea dei diritti dell'uomo: in breve Corte EDU), in linea di principio sarebbe auspicabile per un avvocato... non avere a che fare; nel senso che se un avvocato arriva a trovarsi nella necessità di dover fare ricorso a tale Corte, ciò probabilmente vuol dire – almeno nell'assetto attuale e almeno in linea di massima – che qualcosa è “andata storta” nelle fasi precedenti, non mancando affatto di norma, come si vedrà meglio nelle prossime pagine, gli strumenti per *prevenire* una simile necessità, affrontando e tendenzialmente risolvendo il problema (se si vuole: la “questione di convenzionalità”, in senso lato) già a livello interno, in una delle diverse sedi e modalità possibili (v. appunto ciò che si andrà a precisare al riguardo).

<sup>4</sup> ... eventualmente ricollegandosi all'altra carta europea a fini interpretativi (*ex art. 52 par. 3 della Carta UE con rimando alla CEDU*) o di reciproca “autolimitazione” *ex art. 53 dell'una e dell'altra* (o ancora per trarne, nel caso della Corte di giustizia con riguardo alla Convenzione, dei principi generali ai sensi dell'art 6.3 TUE); oppure, al limite, ricollegandosi alle Costituzioni (e magari alle giurisprudenze costituzionali) nazionali per estrapolarne elementi utili ai fini della ricostruzione delle “tradizioni costituzionali comuni”, sempre ai (tutto sommato, e almeno “comparativamente”)

Carte – la Costituzione, la CEDU e la Carta dei diritti – ma incontrando una serie di limiti operativi e decisori connessi al proprio ruolo e, tra l'altro, all'oggetto e agli effetti dei relativi giudizi.

Ecco perché, non solo su un piano formale e “di principio”, ma anche su un piano sostanziale e concreto, operativo, la Corte costituzionale si trova e continuerà a trovarsi in una posizione privilegiata, anche in virtù del ruolo “di confine” (in vari sensi e su più fronti) che essa è venuta a svolgere, per motivi e con implicazioni molteplici e di tutto rilievo<sup>5</sup>.

D'altra parte, è anche vero che almeno in moltissimi casi l'apporto *dei giudici comuni* – e quindi, come si accennava, l'apporto *degli avvocati* che nei relativi giudizi svolgono un ruolo nevralgico – è stato, è e rimarrà sicuramente, a sua volta, importantissimo ed anzi spesso *decisivo*, non di rado pienamente *risolutivo*, per almeno tre ragioni di fondo (che si sommano ad altre più specifiche sulle quali non serve ora dilungarsi).

In primo luogo, perché è ai giudici comuni che – d'ufficio oppure *su istanza di parte* – è riservata in via esclusiva la possibilità di sollevare una *questione di costituzionalità in via incidentale*: e, come è noto, dal modo in cui la questione verrà posta e presentata, oltre che ovviamente dal fatto stesso che essa venga o non venga sollevata, possono cambiare pesantemente le cose, ossia l'esito del giudizio della Consulta (e, in relazione a ciò, quello del giudizio principale) e, prima ancora, la possibilità che esso si svolga<sup>6</sup>.

In secondo luogo, perché ai giudici comuni, pur dopo la svolta della Corte costituzionale sul ruolo della Carta dei diritti fondamentali (v. oltre), è attribuito, in certe circostanze e a certe condizioni, il potere-dovere di non applicare le norme (anche legislative) interne in contrasto con le norme del diritto (ieri comunitario e oggi) eurounitario, incluse quelle – contenute nella Carta, nei trattati o in fonti derivate – che sanciscono, attuano o comunque tutelano diritti e principi fondamentali.

In terzo luogo, perché già solo attraverso la loro attività *interpretativa*, e in specie attraverso il ricorso a varie forme di “interpretazione conforme” o “orientata” (alla Costituzione, alla CEDU, alla “Carta di Nizza”<sup>7</sup> o ad altre fonti sovranazionali e internazionali), i giudici comuni – eventualmente

---

ristretti sensi del medesimo articolo 6 TUE (parimenti ristretto sembrando il rilievo che le Costituzioni nazionali sembrano avere, e poter avere – in casi presumibilmente sporadici ed “estremi” – ai sensi dell'art. 4, par. 2, del TUE).

<sup>5</sup> Per più ampie riflessioni su questo aspetto si rinvia, volendo, all'ottavo capitolo del volume V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019 (spec. 237 ss.).

<sup>6</sup> Secondo quanto è stato anche recentemente ricordato, infatti, “laddove il giudice dovesse sollecitare l'entrata in campo della Corte costituzionale o di altra Corte (e, segnatamente, della Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, o, un domani, della Corte EDU, in base a quanto previsto dal prot. 16, che nondimeno predispone uno strumento di cui solo alcuni operatori di giustizia possono avvalersi), di cruciale rilievo è la domanda, ancora prima della risposta, la quale risulta da quella in significativa misura condizionata”: così A. RUGGERI nell'intervista, a cura di Roberto Giovanni Conti, sul tema *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna?* in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019.

<sup>7</sup> Pur nella consapevolezza che il discorso sarebbe molto più complesso – cfr. per tutti, sul punto, L. TRUCCO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in questa *Rivista, Studi 2016/I*, 51, nonché in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016 – si continua qui volutamente a parlare di Carta di Nizza per la seguente ragione. Sebbene, come è noto, il testo al quale l'art. 6 del TUE come riformulato dal Trattato di Lisbona attribuisce valore giuridico analogo a quello dei Trattati sia quello approvato a Strasburgo nel 2007 e non quello approvato a Nizza nel 2000, può notarsi che – salve poche marginali modifiche e in specie alcune integrazioni apportate agli artt. 51 e 52 (su cui ci si permette di rinviare a V. SCIARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte. Le “clausole orizzontali” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AA.VV., *Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana* (a cura di N. ZANON, conclusioni di V. ONIDA), Napoli, 2006, 389-458, nonché, con modifiche, aggiornamenti e integrazioni, ID., *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008) – il testo “di Strasburgo” e quello “di Nizza” coincidono: sicché, su un piano storico e sostanziale, la “paternità” della Carta (con ciò che da tale circostanza discende: v. oltre) resta sicuramente da attribuirsi, tutto considerato, alla “Convenzione Herzog” (il cui “progetto” di Carta, adottato dalla Convenzione per *consensus* il 2 ottobre 2000, fu senza alcuna modifica approvato dal Consiglio europeo in occasione del vertice di Biarritz del 13-14 ottobre 2000 e poi solennemente proclamato – e per così dire “cristallizzato” definitivamente – il 7 dicembre 2000, in occasione del Consiglio europeo di Nizza, da parte del Consiglio, del Parlamento europeo e dalla Commissione). Su un piano pratico, questo discorso assume rilievo immediato in particolare laddove si volessero andare a studiare i “lavori preparatori” della Carta (molto istruttivi, ma purtroppo quasi mai tenuti in considerazione dalla dottrina), dovendocisi rifare a tal fine appunto alla “prima” Convenzione (e, per quanto riguarda le



ben “imboccati”, pure in questo caso, da avvocati che... sappiano fare il loro mestiere – potranno anche risolvere in autonomia e definire immediatamente un numero elevatissimo di casi, garantendo piena e tempestiva tutela ai diritti e principi fondamentali di volta in volta coinvolti.

In aggiunta – non di rado – un forte incremento del ruolo, e segnatamente dei poteri discrezionali e finanche “creativi” dei giudici comuni (ancora una volta con ricadute positive sul ruolo che possono giocare gli avvocati in situazioni di questo genere) si è avuto e può aversi proprio *in conseguenza di (certi tipi di) decisioni del giudice costituzionale*<sup>8</sup>: si può pensare, limitandosi alla principale seppur non unica ipotesi, al seguito giurisprudenziale delle c.d. sentenze additive di principio, “in occasione e per effetto della cui adozione si assiste” – per riprendere una illuminante sintesi di uno dei maggiori studiosi di giustizia costituzionale – “ad una sorta di giustizia costituzionale *in progress*, la pronuncia della Corte abbisognando di essere perfezionata e integrata dalle pronunzie, varie per orientamento e contenuti, dei giudici comuni, espressive di una *vis* innovativa (‘normativa’, è stato detto) non minore di quella propria del verdetto della Consulta e, forse, anzi persino maggiore, ove si convenga a riguardo della maggiore vaghezza di disposto che è propria di quest’ultimo, a fronte della puntualità di disposto delle regole desunte (a rime non obbligate...) dai giudici comuni”<sup>9</sup>.

Appena il caso di precisare, prima di chiudere su questo aspetto, che quanto si è detto non intende affatto sminuire il ruolo spettante alla Corte di giustizia di Lussemburgo e, in misura ancora maggiore su questo terreno, alla Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo: sia nelle diffuse ricadute “a valle” (per il rilievo interno da riconoscersi alla ricchissima giurisprudenza europea); sia, all’occorrenza, “a monte”, dal momento che, come è stato efficacemente ricordato da un attuale giudice della Corte costituzionale, in fin dei conti “la logica dell’intero sistema sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali conduc[e] inevitabilmente al riconoscimento che – a parte l’ipotesi per ora solo teorica dei ‘controlimiti’, sempre minacciati ma mai concretamente azionati – *l’ultima parola in materia di diritti fondamentali spetta in effetti alla Corte europea*: la quale è – se non altro dal punto di vista cronologico, data la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni – l’ultimo giudice che può essere chiamato a pronunciarsi sulla sussistenza o meno della violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione”<sup>10</sup>.

### 3. La giurisprudenza costituzionale relativa al ruolo della CEDU

Ad ogni modo (e avviandoci a concludere questa sorta di introduzione, che è poi già un inizio di trattazione nel merito), la centralità del ruolo della Corte costituzionale – o meglio, come si andava dicendo, del ruolo congiunto della Corte costituzionale, dei giudici comuni e degli avvocati, nei vari modi in parte già accennati e in parte illustrati nelle prossime pagine – è consacrata e definita nei suoi

---

integrazioni alle “clausole orizzontali”, alla seconda Convenzione – la “Convenzione Giscard” – e in specie all’apposito “gruppo di lavoro” istituito da questa al suo interno).

<sup>8</sup> ...a sua volta magari interpellato a seguito di una *iniziale istanza di parte*, secondo quanto – come si è ricordato – può (e in linea teorica *dovrebbe*, sempre o quasi sempre) accadere...

<sup>9</sup> Così A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio* in questa *Rivista, Studi 2012* (17.03.12), nonché in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) e in Id., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XVI. Studi dell’anno 2012*, Torino, 2013, 87 ss.

Sembra significativo che l’A. richiami come “esempio particolarmente istruttivo” in questa prospettiva la [sentenza n. 113 del 2011](#) in tema di riapertura del giudicato penale, “con la quale si è – come si sa – riscritto l’art. 630 c.p.p., demandandosi ad ogni buon conto (e in attesa dell’intervento riparatore del legislatore) ai giudici comuni di rinvenire le soluzioni di volta in volta più adeguate allo scopo di ripristinare la piena osservanza della Convenzione”, laddove la “pluralità delle soluzioni al riguardo praticabili è stata da molti e con varietà di accenti sottolineata” (in proposito, per alcune riflessioni e per qualche ulteriore indicazione bibliografica, cfr. volendo V. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova, 2012, spec. 54-74 e 246-258).

<sup>10</sup> Così F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, nonché in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 6 settembre 2011 (corsivi originali).

più precisi contorni teorici ed operativi da una lunga serie di sentenze della stessa Corte costituzionale, riconducibili a due filoni.

Il primo (e ormai molto nutrito) filone è quello inaugurato dalle c.d. “sentenze gemelle” [n. 348 e 349 del 2007](#), con cui la Consulta ha chiarito le principali implicazioni e le più immediate ricadute operative della (p)revisione dell’art. 117, primo comma, della Costituzione (del 2001, ma rimasta per alcuni anni “quiescente” sotto questo profilo)<sup>11</sup>.

A questo riguardo si può affermare che la ricostruzione contenuta nelle sentenze gemelle non è stata più di tanto scalfita, ed è stata anzi direttamente o indirettamente confermata e consolidata *nei suoi tratti essenziali* dalle numerose precisazioni o anche “aggiustamento di rotta” che, ad opera della stessa giurisprudenza costituzionale, sono in seguito intervenuti su molti aspetti puntuali pur di notevole importanza.

Ed allora, anche se si tratta di cose che in teoria dovrebbero essere bene note, può essere utile richiamare in sintesi almeno il nocciolo di questa ricostruzione, accennando poi subito qualcosa anche sulle principali integrazioni, precisazioni e in parte innovazioni che si sono avute al riguardo negli anni successivi.

In sostanza, la ricostruzione della Corte si articola e ruota intorno a una statuizione definibile “principale” e ad alcune affermazioni in qualche modo “accessorie”, ma non meno importanti<sup>12</sup>.

Volendo rinvenire nella stessa giurisprudenza costituzionale una breve ma densa e precisa sintesi di questo essenziale impianto teorico ed operativo si può fare riferimento al limpido riepilogo contenuto nella successiva [sentenza n. 80 del 2011](#), ove si è ricordato “come, a partire dalle sentenze [n. 348](#) e [349 del 2007](#), la giurisprudenza costituzionale sia costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo ... – integrino, quali ‘norme interposte’, il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli ‘obblighi internazionali’”; sicché, “ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo – non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante – egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all’indicato parametro”.

Dunque, la statuizione principale – che rappresenta senza dubbio l’elemento di maggior spicco a livello generale, cioè sul piano del sistema formale delle fonti e delle conseguenti posizioni e incombenze dei diversi attori istituzionali – è quella relativa alla *funzione parametrica degli obblighi internazionali richiamati dall’art. 117*, cui si accompagna l’*individuazione in tale norma dell’attuale fondamento costituzionale della CEDU*.

Esplicita affermazione, quindi, della subordinazione della legge ai vincoli internazionali, secondo lo schema del parametro interposto, col corollario del potere-dovere dei giudici di “impugnare” – e della Corte di “annullare” – le norme che non rispettino questi vincoli.

Quanto alle affermazioni “accessorie”, esse si possono raggruppare in tre “blocchi”:

A) quelle relative al rilievo attribuito alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in qualche modo avvicicabile o almeno comparabile al rilievo già riconosciuto, pur se per motivi, con modalità ed implicazioni diverse, alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo;

---

<sup>11</sup> Secondo l’art. 117, comma 1, Cost., come è noto, “[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

<sup>12</sup> Una simile schematizzazione del portato delle sentenze [n. 348](#) e [n. 349](#), proposta a suo tempo e ancora valida, corrisponde sostanzialmente a quella adottata da E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, 7/2010, 955 ss., nonché, in larga parte, a quella adottata di recente da R. ROMBOLI, [La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell’ordinamento costituzionale italiano](#), in questa *Rivista*, Studi 2018/III, 618.

B) quelle che affermano in termini netti la *formale* subordinazione di *tutti* gli obblighi internazionali pattizi (inclusi quelli derivanti dalla CEDU) alla Costituzione *tutta* (senza quella differenziazione adottata, in particolare, per il diritto comunitario/eurounitario);

C) infine quelle relative all'obbligo, fatto gravare (anche) sul giudice comune e più volte rimarcato, di interpretare la legge in conformità alla CEDU (come interpretata dalla Corte europea).

A) Sotto il primo dei tre profili, e per un primo verso, merita di essere richiamata l'[ordinanza n. 150 del 2012](#) – più recentemente seguita, sulla stessa linea, dalla [sentenza n. 43 del 2018](#) – nella quale si afferma che il *mutamento di giurisprudenza della Corte EDU* per effetto di una sentenza della Grande Camera “incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e costituisce un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”, dovendosi disporre conseguentemente la restituzione degli atti “affinché i rimettenti procedano ad un rinnovato esame dei termini delle questioni”, alla stregua di quanto il giudice costituzionale usa fare nelle (sole) ipotesi c.d. di *ius superveniens*; risultando dunque, come è stato notato, la giurisprudenza della Corte EDU “*quodammodo* assimilata ad una vera e propria fonte del diritto”<sup>13</sup>.

Nondimeno, e per altro verso, è piuttosto noto che nella giurisprudenza successiva alle sentenze gemelle la Corte costituzionale ha progressivamente precisato, circoscritto e in sostanza ridimensionato il vincolo di allineamento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per ragioni e con modalità più o meno condivisibili e convincenti (ma non certo peregrine), mettendo a punto un piccolo “arsenale” di strumenti idonei allo scopo<sup>14</sup>.

In questa luce possono leggersi anzitutto quelle decisioni in cui la Corte ha fatto ricorso, sostanzialmente, alla tecnica del *distinguishing*, sul presupposto che a fondamento del dubbio di costituzionalità debba porsi un “principio di diritto” “estrapolabile” dai precedenti della Corte EDU ed applicabile a casi “non necessariamente identici”, ma almeno “analoghi”<sup>15</sup>.

Vi sono poi le note decisioni in cui la Corte ha affermato che “l’apprrezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare *la sostanza* di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea” (così la [sent. 311/2009](#)).

Altrove, la Corte ha osservato che se essa “non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, può però ‘valutare come ed in qual misura il prodotto dell’interpretazione della Corte europea si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell’art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di

---

<sup>13</sup> Così, con riferimento diretto alla [sentenza n. 43 del 2018](#) e indiretto alla [ordinanza n. 150 del 2012](#), A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in questa *Rivista*, [Studi 2018/III](#), 548-567, spec. 558, ove, anche alla luce degli sviluppi più recenti della giurisprudenza costituzionale, si è osservato come in effetti l’assimilazione in discorso “potrebbe per la sua parte essere indicativa di un orientamento, ad oggi solo embrionalmente e timidamente espresso, volto a riconoscere carattere tendenzialmente generale alle pronunzie della Corte di Strasburgo (quanto meno laddove avvalorate e ‘consolidate’ da una pronunzia della Grande Camera), accorciandosi – come si vede – per quest’aspetto la distanza che le separa dalle decisioni della Corte dell’Unione”.

<sup>14</sup> Per una sintetica ma un po’ più accurata ricostruzione di tale giurisprudenza ci si permette di rinviare al cap. 7 del già menzionato volume *Il ruolo della CEDU*, cit., ove tra l’altro si analizza con maggiore ampiezza la fondamentale [sentenza n. 49 del 2015](#), richiamando anche alcune decisioni più recenti che sembrano avere chiarito ulteriormente (e positivamente) il senso e l’effettiva portata delle statuizioni in essa contenute.

<sup>15</sup> Può richiamarsi in questo senso la [sent. 239/2009](#), nella quale la Corte osserva che il rimettente, “per giustificare l’*estrapolazione*, partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo, di un *principio di diritto* che potesse costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità, avrebbe dovuto argomentare in modo plausibile la *analogia* fra quel caso specifico e quello, *non necessariamente identico*, su cui era chiamata a giudicare” (corsivi aggiunti, qui come altrove ove non diversamente indicato). Sulla stessa linea, nella [sent. 230/2012](#) la Corte lamenta la circostanza che “d]iffetta [...] – né il rimettente l’ha comunque posta in evidenza – una qualsivoglia analogia tra il caso esaminato dalla Corte europea e quello oggetto del giudizio interno: *analogia il cui riscontro rappresenta un presupposto necessario per ‘importare’ il principio affermato in sede europea nell’ambito del controllo di legittimità costituzionale*”.

interpretazione e *bilanciamento*, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza” (sent. 236/2011, con citazione della importantissima sent. 317/2009).

In più occasioni, si è richiamato il concetto di *margini di apprezzamento*, talora “combinando” tale argomento con altri, anche mediante rimandi che, come in un gioco di specchi, sembrano amplificare il portato delle singole pronunce<sup>16</sup>.

E, nella nota [sentenza n. 49 del 2015](#), la Corte si è spinta ad affermare – non senza ingenerare equivoci, timori e perplessità su varie parti della pronuncia – che “è solo un ‘diritto consolidato’, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è *tenuto* a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun *obbligo* esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo”; e “[s]olo nel caso in cui si trovi in presenza di un ‘diritto consolidato’ o di una ‘sentenza pilota’, il giudice italiano sarà *vincolato* a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di ‘ogni strumento ermeneutico a sua disposizione’, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale”.

Appena il caso di precisare che l’esclusione, in questi casi, di un “obbligo” di allinearsi alla (non consolidata) giurisprudenza europea, non significa affatto che vi sia un “divieto” di farlo, salva tutt’al più l’ipotesi – in linea di principio “patologica”, seppure non così infrequente – in cui l’orientamento della Corte EDU *non consolidato* sia tale da suscitare addirittura un *dubbio circa la sua conformità alla nostra Costituzione*, nel qual caso, come si dirà poco più avanti, il giudice incontrerebbe un vero e proprio *divieto* di abbracciare tale orientamento giurisprudenziale.

E merita pure di essere evidenziato, con riguardo al problema dell’incerto “regime” della giurisprudenza non consolidata, che nella successiva [sentenza n. 68 del 2017](#) la Corte costituzionale ha con nettezza chiarito come sia assolutamente “da respingere l’idea che l’interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, “[l]’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri” (sentenze [n. 49 del 2015](#) e [n. 349 del 2007](#)). Il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, *specie* [dunque *non soltanto!*] quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo (sentenze [n. 276](#) e [n. 36 del 2016](#))”.

Data la “posta in gioco” (ovvero appunto la differenza di regime – in termini di poteri e doveri spettanti al giudice comune – che comunque c’è tra i due casi considerati), non stupisce poi che, allo scopo precipuo di fornire al giudice un aiuto nel suo “percorso di discernimento” per quei casi

---

<sup>16</sup> Per esempio si legge sempre nella [sent. 236/2011](#) che “[a] questa Corte compete, insomma, di apprezzare la *giurisprudenza europea consolidata* sulla norma conferente, in modo da *rispettarne la sostanza*, ma con un *margini di apprezzamento* e di *adeguamento* che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi”.

E nella [sent. 303/2011](#) si afferma, con sottili variazioni e interessanti integrazioni (oltre che con il consueto *collage* “stratificato” di autocitazioni), che se la Corte “*non può prescindere* dall’interpretazione della Corte di Strasburgo di una disposizione della CEDU, *essa può, nondimeno, interpretarla a sua volta*, beninteso nel *rispetto sostanziale* della giurisprudenza europea *formatasi al riguardo*, ma ‘con un *margini di apprezzamento* e di *adeguamento* che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi ([sentenza n. 311 del 2009](#))’ ([sentenza n. 236 del 2011](#))”.

Ancora, nella [sent. 264/2012](#) si legge che “[i] *richiamo al ‘margini di apprezzamento’ nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea* – deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. [...] In definitiva, se [...] il giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione [...] della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione *al caso di specie* dalla Corte di Strasburgo, [...] esso però è *tenuto a valutare come ed in quale misura l’applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano*”.

“difficili”<sup>17</sup> in cui non sia “di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento”, la Corte costituzionale si sia spinta ad elencare una fitta serie di “indici”<sup>18</sup> che, volendo, potrebbe essere anche letta come un (ulteriore) arsenale di argomenti messo a disposizione soprattutto del giudice comune (oltre che di sé stessa), per poter “prendere le distanze” da pronunce “scomode” (sotto il profilo costituzionale)<sup>19</sup>.

B) Quanto alla seconda “statuizione accessoria” contenuta nelle sentenze gemelle del 2007, si è voluto (anche) qui parlare di “*formale* subordinazione di tutti gli obblighi internazionali pattizi (inclusi quelli derivanti dalla CEDU) alla Costituzione tutta” in quanto, a fianco (e, in sostanza, a temperamento, se non totale svuotamento) dell’affermata immancabile superiorità (su un piano appunto formale e astratto) delle norme costituzionali rispetto a quelle convenzionali, il giudice delle leggi ha più volte rimarcato la necessità di considerare *contestualmente tutte* le norme (costituzionali e convenzionali) rilevanti<sup>20</sup>, allo scopo di individuare, su un piano sostanziale e concreto, la soluzione in grado di assicurare nel caso di specie (ma chiaramente non trascurando di rivolgere, per così dire, un attento sguardo al passato e uno ancor più attento al futuro) la “massima espansione delle tutele” ([sent. 317/2009](#)) ovvero la “massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico” ([sent. 269/2017](#)): con ciò implicitamente – e talora anzi esplicitamente<sup>21</sup> – ammettendo la possibilità che, come contropartita per un innalzamento di tutela a favore di un diritto fondamentale (magari previsto proprio dalla CEDU), qualche sacrificio per altri interessi, principi o anche diritti di varia natura e rilievo, al limite anche costituzionale, possa aversi (a determinate condizioni, su cui qui non ci si può soffermare a riflettere<sup>22</sup>).

E tutto ciò conduce, chiaramente, a una situazione pratica di confronto, di bilanciamento, di integrazione o, per usare una parola della Corte stessa, di “compenetrazione” delle tutele in cui le singole *norme* della CEDU e le singole *norme* della Costituzione vengono *sostanzialmente* e

---

<sup>17</sup> In effetti, la giustapposizione tra due sole ipotesi – giurisprudenza “consolidata” o “non consolidata” – appare molto artificiosa, dandosi nella realtà situazioni intermedie, con un’infinità di “gradazioni”, e il fatto di dover alla fine calare una mannaia (pur dopo aver fatto ricorso a tutti gli indici più sofisticati) per stabilire se una situazione stia da una parte o dall’altra non risulta molto soddisfacente.

Ove però si accolga il rilievo per cui, come si è accennato sopra, anche nella “situazione deontica” del giudice possono esserci sfumature intermedie tra i due estremi dell’*obbligo* e del *divieto* di allinearsi a un orientamento giurisprudenziale europeo, e si consideri come l’onere di motivare le proprie decisioni, se preso sul serio, possa essere una cosa molto importante, si può ritenere che, dopo tutti gli assestamenti del caso, si potrà arrivare a un sistema più articolato in cui il giudice, in sostanza, dovrà approfondire, valutare e in alcuni casi bilanciare, da una parte, il “grado di consolidamento” di un orientamento giurisprudenziale europeo e, dall’altra, la natura e il peso delle controindicazioni al suo accoglimento (controindicazioni fattuali o giuridiche: con speciale rilievo, tra queste ultime, di quelle costituzionali, alla stregua delle indicazioni, sotto questo profilo molto nette, della Consulta).

<sup>18</sup> In specie: “la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano”.

<sup>19</sup> Non essendo qui possibile riaffrontare neppure in modo parziale e sintetico le molte altre questioni sollevate dalla [sent. n. 49/2015](#), si rinvia integralmente a quanto si è avuto occasione di osservare al riguardo in passato (da ultimo, nel citato volume sul ruolo della CEDU).

<sup>20</sup> La necessità di una valutazione congiunta, e *virtualmente paritaria*, di tutti i parametri (costituzionali e sovranazionali) coinvolti è stata molto ben espressa nella [sent. 191/2014](#), dove un simile “consolidato orientamento” viene ricollegato alla esigenza di “consentire a questa Corte di effettuare una *valutazione sistemica e non frazionata* dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie di *tutti* i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, *complessivamente considerati*, che *sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento*”.

<sup>21</sup> Facendosi testualmente riferimento (sempre nella [sent. 317/2009](#)) al “necessario *bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti*, cioè con altre norme *costituzionali*, che a loro volta garantiscano *diritti fondamentali* che potrebbero essere *incisi dall’espansione di una singola tutela*”.

<sup>22</sup> Cfr. in proposito, volendo, V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit., spec. 139-145.

*concretamente* ad operare in una posizione, come è sembrato efficace dire, di “virtuale parità”. Esito che, senza smentire l’assunto teorico – peraltro di per sé discutibile<sup>23</sup> – della immancabile e assoluta superiorità formale della fonte costituzionale, ne ridimensiona fortemente (e, si ritiene, correttamente e doverosamente) le ricadute a livello appunto pratico, *affiancando* a tale assunto di fondo una serie di *altri elementi e criteri* (che pure, a loro volta, affondano le radici in norme, principi e concetti di matrice costituzionale e) che, a conti fatti, e fisiologicamente, aprono la strada a soluzioni più articolate, elastiche, funzionali e tutto sommato molto più coerenti con il complessivo quadro assiologico (e logico) della stessa Costituzione.

C) Quanto infine alla terza statuizione accessoria delle sentenze gemelle, relativa all’obbligo di interpretazione “convenzionalmente conforme”, non possono tacersi alcune più recenti e problematiche affermazioni rinvenibili sempre nella [sent. n. 49/2015](#). Ivi la Corte ha infatti affermato, in termini quanto mai (probabilmente *troppo*) netti, che “il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU [...] è, ovviamente, *subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme*, poiché tale modo di procedere riflette il *predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*”, e che, “nel caso in cui sia il giudice comune ad *interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione*, va da sé che questo solo dubbio, *in assenza di un ‘diritto consolidato’*, è *sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU*, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale”.

Anche a questo proposito, tuttavia, sembra che le rigide (e per alcuni versi forse un pochino semplicistiche) indicazioni “metodologiche” contenute nella citata pronuncia siano suscettibili di essere ricontestualizzate e lette in una prospettiva più ampia, articolata ed equilibrata (e per tale via sostanzialmente ridimensionate) riconducendole nell’alveo di una giurisprudenza che in numerose altre occasioni si è espressa in modi differenti e molto meno “chiusi”, ripetutamente ragionando di “necessario bilanciamento” (tra norme della CEDU integranti il parametro dell’art. 117 e altre norme costituzionali) ed arrivando anzi ad affermare senza mezzi termini che le operazioni cui essa è chiamata sono “*volte non già all’affermazione della primazia dell’ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele*”, sicché “il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando [non, come si diceva, alla sistematica affermazione della primazia della seconda in quanto tale, ma] alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere” appunto “compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. [348](#) e [349 del 2007](#), *il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti*, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela”, ovvero – ancora più esplicitamente – con gli “interessi antagonisti, *di pari rango costituzionale* complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata” (così la [sent. 264/2012](#)). Con tutte le (più o meno intuibili) conseguenze – non certo sovrapponibili né facilmente conciliabili con le schematiche affermazioni della [sentenza n. 49](#) prima citate – che un simile approccio “aperto” e onnicomprensivo (già richiamato su un piano generale nel punto precedente) potrebbe e dovrebbe avere anche e precipuamente con riguardo alla tematica *dell’interpretazione conforme* (o orientata) delle leggi<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Come anche chi scrive ha provato a fare – specificamente ragionando dell’inquadramento costituzionale della Convenzione e del mancato ancoraggio di essa all’art. 11 Cost. – nel cap. 2 del citato volume sul ruolo della CEDU.

<sup>24</sup> Anche in questo caso il tema è troppo complesso per essere sviluppato in poche righe; può nuovamente rinviarsi, per un tentativo di approfondimento e riflessione, al volume richiamato nelle note precedenti (specialmente, anche se non solo, al cap. 4).

#### 4. La giurisprudenza costituzionale relativa al ruolo della “Carta di Nizza”

Il secondo filone (in cui si inseriscono anche le sentenze [n. 20](#) e [n. 63 del 2019](#)) è quello inaugurato con la [sentenza n. 269 del 2017](#), con la quale la Corte costituzionale – rivoluzionando in parte il precedente “assetto operativo” quanto al modo di rapportarsi alle fonti comunitarie/eurounitarie – ha affermato testualmente che “laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, de[ve] essere sollevata la questione di legittimità costituzionale”.

A tale conclusione, fortemente innovativa e di profondo impatto su molti piani, la Corte è giunta a seguito di alcune significative considerazioni, che hanno preso le mosse dalla constatazione delle “trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell’Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona [...] che, tra l’altro, ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 [...] equiparandola ai Trattati (art. 6, paragrafo 1, del Trattato sull’Unione europea)”. Preso atto “che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell’Unione *dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale*”, che “[i] principi e i diritti enunciati nella Carta *intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana* (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)”, sicché “può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione”, la Corte ha affermato con nettezza che “le violazioni dei diritti della persona postulano la *necessità di un intervento erga omnes di questa Corte*, anche in virtù del principio che situa il *sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale* (art. 134 Cost.)”.

Come si vedrà, nella [sentenza n. 20/2019](#) e poi ancora nella [sentenza n. 63/2019](#), la Corte è tornata ad affrontare le principali questioni teoriche e operative sul tappeto (su questo versante), offrendo direttamente o indirettamente nuove indicazioni a proposito del complesso rapporto tra questione di costituzionalità, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e potere/dovere di disapplicazione del giudice comune; e fornendo tra l’altro qualche utile chiarimento – non senza piccoli ma importanti “aggiustamenti di rotta” rispetto alle affermazioni contenute nella [sent. 269/2017](#), in effetti piuttosto ambigue soprattutto su questo punto – circa la posizione del giudice interno nelle situazioni di cosiddetta “doppia pregiudizialità” (costituzionale ed eurounitaria).

#### 5. I diversi utilizzi delle diverse fonti in uno schema cartesiano

Ora che sono stati introdotti almeno i principali elementi necessari per “preparare il terreno” e sono state collocate alcune prime fondamentali tessere in quella sorta di mosaico che si vorrebbe tentare di comporre, si può provare a tratteggiare – nel senso letterale, e dunque ...grafico – un quadro completo e schematico dei *meccanismi* e dei *metodi* attraverso cui è oggi possibile tutelare per via giurisdizionale – in *varie sedi* e appunto *in vari modi*, con *varie tecniche* – i diritti e i principi fondamentali previsti dalle tre principali fonti di riferimento a livello nazionale e sovranazionale (la Costituzione, la CEDU e la Carta di Nizza), con l’avvertenza che un ruolo secondario ma non insignificante può essere svolto da molte altre fonti internazionali (si pensi in particolare alla Carta sociale europea, che in tempi recenti ha fatto capolino anche nella giurisprudenza costituzionale<sup>25</sup>).

Lo schema in discorso sembra poter assumere efficacemente le forme di una semplicissima “griglia” o tabella, andando a disporre lungo uno dei due assi cartesiani le tre fonti indicate e, lungo l’altro asse, i possibili (almeno in astratto) meccanismi, strumenti o metodi di tutela dei diritti e

---

<sup>25</sup> Cfr. le sentt. [n. 120](#) e [194 del 2018](#).

principi fondamentali ivi sanciti, in tal modo ricavando una serie di combinazioni e dunque di “caselle”: su cui in parte ci si è già soffermati... *ante litteram* nelle pagine precedenti, e in altra parte ci si andrà a soffermare brevemente nelle prossime pagine del presente contributo (rinviandosi per una trattazione più ampia dei vari aspetti della complessa tematica ad approfondimenti futuri e/o già svolti in altre sedi da chi scrive o da altri).

Per mera comodità espositiva in vista dei richiami/rimandi che dovranno farsi, ciascuna delle “caselle” verrà fin da subito identificata mediante una lettera ed un numero (... proprio come nel gioco della battaglia navale), con l’eccezione di alcune caselle che, per effettuare una sia pur minima “scrematura” iniziale, possono senz’altro già considerarsi “vuote”, per ragioni intuibili (e salve alcune precisazioni di interesse pressoché solo teorico che anche in questi casi si potrebbero forse fare, ma che sembrano del tutto irrilevanti ai nostri fini).

Ecco dunque lo schema:

	1. Costituzione	2. CEDU	3. Carta dei diritti fondamentali
<b>A. Interpretazione conforme</b>	A1	A2	A3
<b>B. Applicazione diretta</b> senza disapplicazione di norme legislative contrastanti	B1	B2	B3
<b>C. Applicazione diretta</b> con disapplicazione di norme legislative contrastanti	-	-	C3
<b>D. Incidente di costituzionalità</b>	D1	D2	D3
<b>E. Rinvio pregiudiziale - 267 TFUE</b>	-	(E2)	E3
<b>(F. Parere consultivo ex protocollo 16)</b>	-	(F2)	-
<b>G. Ricorso diretto alla Corte EDU</b>	-	G2	-

Avendo già trattato (pur ovviamente in modo sommario e parziale) almeno alcuni dei punti da toccare, si può a questo punto procedere piuttosto speditamente all’illustrazione – sempre in forma sintetica – delle singole “caselle” dello schema.

#### 6. (A) *L’interpretazione conforme*

(A1) Il discorso sull’interpretazione conforme a Costituzione è un discorso molto più complesso e denso di implicazioni di quanto talora si pensi: non potendo ovviamente svilupparlo in questa sede<sup>26</sup>, ci si può qui limitare a ricordare un paio di passaggi di sentenze della Corte costituzionale, integrando le citazioni delle pronunce con qualche brevissima interpolazione o aggiunta che dovrebbe far

<sup>26</sup> Si è provato a farlo, sotto alcuni aspetti, in V. SCIARABBA, *L’ “interpretazione conforme” tra sindacato diffuso (su “norme”) e ipotesi di “graduazione della costituzionalità”: spunti di riflessione*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*. Atti del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa” svoltosi a Siena il 8-9 giugno 2007, Torino, 2008, 481-493, e in ID., *Il ruolo della CEDU*, cit., spec. cap. 4.



emergere almeno il bandolo di alcune tra le più importanti questioni che tale pratica, per come ha preso piede nel nostro contesto, sembra sollevare.

La prima citazione è tratta dalla celebre [sentenza n. 356 del 1996](#), e rappresenta una “formula” che in qualche modo ha definito e consacrato la “dottrina” in questione: “*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime [ma spesso neanche si possono impugnare, giacché si incorrerebbe in una pronuncia di inammissibilità!] perché è possibile darne interpretazioni [sicuramente? eventualmente? ad avviso di chi?] incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*”.

Sorvolando completamente su tutti gli approfondimenti sollecitati dai “destabilizzanti” interrogativi e spunti di riflessione appena proposti, si può richiamare un secondo passaggio tratto da una decisione molto più recente, che, ricollegandosi espressamente a quella appena citata, sembra in qualche modo correggere il tiro rispetto ad alcuni eccessi intercorsi nel periodo intercorso tra le due. Nella [sentenza n. 42 del 2017](#) la Corte ha infatti affermato quanto segue: “...Se, dunque, ‘le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)’ ([sentenza n. 356 del 1996](#)), ciò non significa che, ove sia *improbabile o difficile* prospettare un’interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere *scrutinata nel merito*. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela, come nella specie, *necessario*, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile”.

Resta in ogni caso ben ferma una circostanza, che ai nostri fini rappresenta il dato più significativo: un giudice comune innanzi al quale un avvocato abbia prospettato in maniera plausibile un’eccezione di incostituzionalità di una determinata interpretazione di una disposizione e, al contempo, proposto e ben perorato un’interpretazione alternativa della medesima disposizione tale da escludere qualsiasi dubbio di costituzionalità si troverà se non costretto almeno fortemente indotto, secondo consolidato insegnamento della Corte costituzionale, ad optare immediatamente per questa seconda interpretazione (in ipotesi più favorevole ai diritti fondamentali della parte coinvolta ed idonea a garantirne l’immediata tutela); potendo tutt’al più scegliere prudenzialmente la via del giudizio di legittimità costituzionale – comunque suscettibile di portare, pur in tempi più lunghi, ad una analoga tutela (oltretutto con ricadute di portata generale) – qualora l’interpretazione costituzionalmente orientata risulti a suo avviso “improbabile o difficile”<sup>27</sup>.

Appena il caso di aggiungere, poi, che la formula “interpretazione conforme”, pur evocativa e tranquillamente utilizzabile, è forse, a rigore, non poco “riduttiva”: molti dei casi in cui la Corte costituzionale dichiara una questione inammissibile per non aver il giudice ordinario previamente provveduto a cercare una diversa soluzione conforme a Costituzione e dunque tale da rendere non necessario l’incidente di costituzionalità non hanno infatti alla base un difetto di attività propriamente “interpretativa”, ermeneutica, su una disposizione predeterminata e indiscutibilmente da applicarsi. Spesso il problema è più ampio, e magari attiene proprio alla scelta della disposizione applicabile<sup>28</sup>;

---

<sup>27</sup> Cosa che – sembra importante notare – può accadere non solo nei casi in cui tale interpretazione “sia *incompatibile con il disposto letterale* della disposizione e si riveli *del tutto eccentrica e bizzarra*, anche alla luce del *contesto normativo* ove la disposizione si colloca” (così la [sentenza n. 36 del 2016](#)), ma anche in un tipo di situazione differente e spesso trascurato, nondimeno importante, e pertanto meritevole almeno di una rapida menzione. In effetti, tra i casi in cui la prospettazione di un’interpretazione *costituzionalmente* conforme (e la conseguente opzione a favore di essa) potrebbe o dovrebbe ritenersi “improbabile o difficile” (con conseguente opportunità di un coinvolgimento della Corte costituzionale) sembrano esservi, oltre a quelli in cui la difficoltà deriva da ostacoli testuali e sistematici, anche quelli in cui la difficoltà deriva dal fatto che, per usare un’espressione non propriamente scientifica ma utile per intendersi, *la coperta è troppo corta*, sicché privilegiando un’interpretazione più favorevole a un determinato diritto, principio, valore o interesse costituzionale (o anche convenzionale o eurounitario, il discorso potendosi ampliare e rovesciare perfettamente) si andrebbe più o meno visibilmente a incidere in negativo su un altro diritto, principio, valore o interesse di pari o simile rilievo (e a sua volta di matrice costituzionale, convenzionale, eurounitaria o in genere internazionale).

<sup>28</sup> Cfr. ad es., anche per i pertinenti richiami giurisprudenziali, G. SORRENTI, *La “manifesta infondatezza” delle questioni di legittimità costituzionale e l’applicazione diretta della Costituzione nella prassi giudiziaria. Ovvero: una ricerca empirica su una risalente ipotesi, di rinnovata attualità*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (curr.), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Torino, 2002, 115.

sicché, più che di “interpretazione” conforme, si potrebbe forse parlare (meno icasticamente, ma più precisamente) di “individuazione”<sup>29</sup> e “ricostruzione” costituzionalmente conforme delle norme applicabili.

E a tal proposito, ma non solo a tal proposito, particolarmente istruttive – specie per le loro implicazioni circa il possibile ruolo “attivo” e propositivo degli avvocati nell’ambito dei giudizi comuni – appaiono quelle ordinanze in cui la Corte costituzionale dichiara inammissibile una questione, proposta con riferimento all’art. 3 Cost., perché la discriminazione o comunque l’irragionevolezza lamentata avrebbe già potuto (e dovuto) essere risolta, o meglio prevenuta, dal giudice *a quo* mediante il ricorso allo strumento dell’analogia (secondo un modo di ragionare che porterebbe quasi ad affermare, sullo schema di una proporzione matematica, che *l’analogia sta, in via di principio, al giudice ordinario come l’utilizzo del principio di eguaglianza a fini additivi sta, nei casi residui, alla Corte*; con ciò evidenziandosi, da una parte, che la *struttura logica* delle operazioni è grossomodo la medesima, e, dall’altra, che i *presupposti* e gli *effetti* delle operazioni sono invece, come è ben noto, differenti)<sup>30</sup>.

(A2) Dell’interpretazione conforme *alla CEDU*, e in certa misura dei suoi (potenzialmente problematici) rapporti con l’interpretazione conforme a Costituzione (con riguardo ai casi in cui tra le due non vi sia *prima facie* convergenza), si è già detto. Si può qui aggiungere che analoghi problemi di coordinamento possono sorgere nei rapporti con *altre* forme di interpretazione conforme, diversamente orientate (al diritto comunitario/eurounitario oppure anche ad altre fonti internazionali).

Soprattutto, però, si deve ribadire che anche in questo caso, in linea generale (fatte salve cioè le situazioni più complesse cui si è accennato), il “sistema” non solo consente, ma addirittura impone ai giudici comuni di optare immediatamente per soluzioni interpretative (e in genere ricostruttive del diritto applicabile) attraverso le quali sia possibile *scongiurare subito il rischio* di una violazione della CEDU, rivestendo la (pur sempre possibile) questione di costituzionalità (per indiretta violazione dell’art. 117, comma 1, Cost.) un ruolo in qualche modo “residuale” (e restando ovviamente escluso che i giudici possano, in caso di dubbi non manifestamente infondati in punto di compatibilità con il diritto di Strasburgo, chiudere le porte tanto ad una soluzione interpretativa quanto ad una rimessione alla Corte costituzionale).

Con tutte le positive conseguenze che da ciò derivano sulle possibilità d’azione degli avvocati che intendano tutelare al meglio i diritti dei propri assistiti, alla luce anche della copiosa giurisprudenza della Corte EDU: le cui indicazioni, come si è ricordato, il giudice nazionale è vincolato a recepire (qualora espressive di orientamenti consolidati o non problematici) o quantomeno a tenere... nella dovuta considerazione, eventualmente motivando – alla luce anche degli “indici” e dei criteri vari forniti dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 49/2015](#) e in generale nella propria giurisprudenza – per quale motivo ritenga determinate pronunce della Corte di Strasburgo non pertinenti o comunque non decisive.

(A3) Non molto da dire sull’interpretazione conforme alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: già nella celebre [sentenza n. 170 del 1984](#) la Corte costituzionale era stata netta nell’affermare che “fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l’osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato”; e numerose pronunce anche della Corte di giustizia hanno nel tempo confermato e precisato (in termini via via più estesi) gli obblighi di interpretazione conforme ai vari tipi di fonti e di norme del diritto

---

<sup>29</sup> Cfr. sul punto G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, 31.

<sup>30</sup> Possono richiamarsi a questo riguardo, in funzione illustrativa di quanto affermato, le sentenze [n. 184 del 2000](#) e [n. 198 del 2003](#).

comunitario/eurounitario, risultando oggi scontato – alla luce della giurisprudenza europea e nazionale – che simili obblighi valgano pienamente anche con riferimento alla Carta di Nizza<sup>31</sup>.

Un'importante peculiarità nel caso dell'interpretazione conforme alla Carta, e in genere al diritto dell'Unione, sta nel fatto che risulta in qualche modo sdrammatizzata, almeno in linea di massima, la questione del “limite” dell'interpretazione conforme e segnatamente dell'individuazione del confine tra il ricorso a questa tecnica e la vera e propria “disapplicazione” della legge. Ciò per la semplice ragione che – almeno a determinate condizioni (su cui ci si soffermerà rapidamente più avanti) e salvo anche quanto si è visto e si vedrà meglio a proposito del nuovo orientamento “accentratore” della Corte costituzionale inaugurato con la [sentenza n. 269/2017](#) – allorché il contrasto si profili con norme della Carta (come pure di altre fonti eurounitarie), il giudice comune disporrà della stessa possibilità di disapplicazione immediata della legge (come chiarito a partire dalla poc'anzi citata [sentenza n. 170/1984](#), sul fondamento dell'art. 11 della Costituzione), a differenza di quanto avviene in caso di contrasto con norme della Costituzione o della CEDU.

#### 7. (B) *L'applicazione diretta (senza disapplicazione di norme legislative contrastanti)*

(B1) Molto breve (almeno ai nostri fini) può essere anche il discorso (o meglio, il cenno) relativo alle possibilità di vera e propria “applicazione diretta” dei diritti e principi fondamentali costituzionali ed europei nell'ambito dei giudizi comuni, non soltanto in veste di riferimenti ermeneutici cui tendere nell'interpretazione degli atti di normazione ordinaria da applicarsi, bensì in qualità di fonti immediate della disciplina, in mancanza o in luogo di altri atti.

Seppur periodicamente rimessa in discussione o fatta oggetto di contestazioni più o meno estemporanee, può infatti considerarsi pienamente acquisita – almeno in linea di principio e con una lunga serie di precisazioni e *distinguo* in cui non ci si può qui addentrare – la capacità delle norme costituzionali di svolgere un simile ruolo<sup>32</sup>, con l'ovvio limite (tra gli altri) derivante dall'obbligo di rivolgersi alla Corte costituzionale qualora in gioco vi sia in realtà l'accantonamento di una norma *con forza di legge* (accantonamento precluso – come è noto – al giudice comune).

(B2) Sebbene tale importantissima circostanza sia spesso trascurata, la stessa conclusione può estendersi, in sostanza, all'ipotesi di applicazione diretta della CEDU.

In effetti, vi è la possibilità di isolare, pur nel quadro teorico delineato dalla Corte costituzionale a partire dalla “sentenze gemelle”, alcune ipotesi nelle quali delle pratiche almeno in qualche senso definibili di applicazione diretta della CEDU dovrebbero con una certa probabilità (se non con certezza) ritenersi ammissibili.

A questo riguardo, sembra utile ribadire preliminarmente una notazione relativa ad alcuni passaggi della [sentenza n. 348 del 2007](#) che – vuoi per la loro formulazione, vuoi per un certo frettoloso allarmismo in sede di prima lettura da parte di qualche commentatore – avevano suscitato critiche,

---

<sup>31</sup> Cfr. in proposito, tra gli altri, E. LAMARQUE, *The Italian Courts and Interpretation In Conformity With the Constitution, EU Law and the ECHR*, in [Rivista AIC](#), 4/2012, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012, e A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015.

<sup>32</sup> Tra i tanti contributi in materia cfr. V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 501 ss.; A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici “comuni”*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, 685 ss. nonché in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990; R. ROMBOLI, *Il riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità (l'interpretazione “adeguatrice” e l'applicazione diretta)*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (curr.), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, 2000, 635 ss.; R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 201 ss.; F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, 2011 e V. BARSOTTI (a cura di), *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

dubbi o perplessità: si tratta dei passaggi (al punto 3.3 in diritto) in cui la Corte aveva affermato che “[l]a distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento nei termini stabiliti dalla pregressa giurisprudenza di questa Corte, nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che *vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell’ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto [...]* Le Risoluzioni e Raccomandazioni citate dalla parte interveniente si indirizzano agli Stati contraenti e non possono né vincolare questa Corte, né dare fondamento alla tesi della diretta applicabilità delle norme CEDU ai rapporti giuridici interni”.

Ciò che si vuol sottolineare anche in questa sede è che non sarebbe affatto corretto desumere da tali passaggi che la Corte abbia realmente inteso negare *qualsiasi forma* di applicazione diretta, ad opera dei giudici comuni, della Convenzione (per il tramite della relativa legge di esecuzione), riservando a questi ultimi (e, alla base, agli avvocati) l’unica possibilità di utilizzare la CEDU come parametro da invocare ai fini del sollevamento di una questione di legittimità costituzionale o come elemento da tenere in considerazione ai fini dell’ “interpretazione conforme” delle norme interne applicabili, relegando per il resto il valore giuridico della Convenzione al piano dei rapporti internazionali tra Stati pienamente sovrani.

Premesso che un simile ipotetico e, si lasci dire, eccentrico scenario avrebbe determinato un forte cambiamento – in specie un inspiegabile “arretramento” – rispetto agli indirizzi ricostruttivi e operativi precedenti<sup>33</sup>, può notarsi come invece una lettura “ragionevole” delle frasi in questione, guidata dalla loro contestualizzazione nell’economia delle sentenze gemelle e dal loro stesso tenore testuale, conduca in maniera piana a ritenere che *l’unica* forma di applicazione diretta della CEDU

---

<sup>33</sup> È noto infatti come la questione della diretta applicabilità della CEDU da parte dei giudici comuni (questione, in effetti, non di esclusiva e forse nemmeno primaria competenza della Corte costituzionale, almeno entro certi termini) fosse stata già definitivamente risolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la nota sentenza *Polo Castro* del 23 novembre 1988 (dep. 8 maggio 1989), volta a dirimere un contrasto giurisprudenziale sorto in seno alla I Sezione penale.

In tale sentenza la Cassazione si espresse in senso favorevole al carattere *self executing* della Convenzione, rimarcandone l’idoneità a tradursi in norme appunto di diretta applicabilità nell’ordinamento italiano, e quindi immediatamente invocabili dinanzi al giudice comune.

Risultò quindi smentito e superato quell’indirizzo alternativo che negava la possibilità di immediata applicazione delle norme della CEDU, ritenendo in sostanza che gli Stati contraenti avessero voluto “stabilire reciprocamente degli impegni internazionali in materia di diritti dell’uomo, creando dei meccanismi sul piano europeo per garantirne il rispetto, ma tali impegni si traduc[essero] in norme che interessano per l’appunto tali Stati contraenti e non ‘...i rispettivi sudditi’” (così l’efficace sintesi di G. RAIMONDI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento integrato: il ruolo della Corte dei diritti dell’uomo*, in [Europeanrights.eu](http://Europeanrights.eu), 2010, laddove l’infelice e finanche grottesco riferimento ai “sudditi” è purtroppo ripreso testualmente da una per questo celebre sentenza della Cassazione nella quale, per essere precisi, si leggeva che “[l]e norme della convenzione europea dei diritti dell’uomo hanno carattere meramente programmatico ed efficacia vincolante solo per gli stati contraenti e non per i relativi sudditi, ancorché sia consentito a questi ultimi adire la commissione europea per i diritti dell’uomo dopo la decisione interna avente carattere definitivo”: Corte di Cass., sent. 22 dicembre 1987, *Lagolio*, in *Riv. pen.*, 1989, 207).

Raimondi ricorda anche che, per altro verso, la sentenza *Polo Castro*, “pur risolvendo il problema della diretta applicabilità della Convenzione, aveva lasciato aperto quello del suo *status* nell’ordinamento italiano nel quadro della gerarchia delle fonti di questo, e quindi la questione della soluzione di eventuali conflitti tra la disciplina convenzionale e quella derivante da leggi nazionali *posteriori* alla legge di ratifica della Convenzione”.

Sul punto, come è noto, sono successivamente intervenute due importanti sentenze rispettivamente della Corte costituzionale (la [n. 10 del 1993](#)) e della Corte di Cassazione (Sez. I penale 12 maggio/10 luglio 1993, *Medrano*), che, pur mediante argomentazioni diverse, avevano attribuito alla Convenzione una particolare forza di resistenza rispetto alla legislazione ordinaria successiva.

Ma, come pure è noto, tali sentenze “non hanno poi avuto gran seguito, e la situazione è rimasta assai confusa ed incerta – quanto al problema del *primato* delle norme della Convenzione – sino alle [...] sentenze del 2007 della Corte costituzionale” (G. RAIMONDI, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit.).

che la Corte abbia inteso *con certezza escludere* è quella che si accompagna alla (o, se si preferisce, che determina la) *non applicazione delle norme legislative interne in eventuale contrasto* con essa<sup>34</sup>.

Di conseguenza, deve tuttora ritenersi impregiudicato e aperto il discorso relativo ad *altre* forme di applicazione diretta della Convenzione. E si tratta di un discorso che, anche nel contesto del nuovo quadro generale delineato dalle sentenze gemelle, è stato già in larga misura sviluppato in dottrina, in diverse occasioni e con varietà di approcci<sup>35</sup>.

Rinviano ad altri scritti per una trattazione più ampia<sup>36</sup>, si possono sommariamente ed esemplificativamente indicare le seguenti ipotesi (almeno teoriche) di “applicazione diretta” della CEDU: a) quella di antinomia tra (legge di esecuzione della) CEDU e legge anteriore ad essa (o meglio, anteriore alla legge di recepimento della CEDU nell’ordinamento interno); b) quella di contrasto tra (legge di esecuzione della) CEDU e atti (provvedimentali o normativi) di rango sublegislativo; c) quella di applicazione diretta della (legge di esecuzione della) CEDU in mancanza di (altra) norma legislativa applicabile al caso.

(B3) Quanto all’applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali – sicuramente da ammettersi in linea generale (se non altro in virtù della sua formale equiparazione ai Trattati) – la questione principale non sembra in questo caso (se non per le sue possibili conseguenze *indirette*) quella della distinzione tra le ipotesi di applicazione diretta *senza* oppure *con* contestuale disapplicazione di norme interne con forza di legge (distinzione invece cruciale nel caso di contrasto tra atti legislativi e Costituzione, o CEDU), dal momento che l’eventuale rango legislativo della disciplina interna confliggente *di per sé* non rappresenterebbe, in questo caso, un ostacolo al suo accantonamento da parte del giudice comune, che ben potrebbe, astrattamente, *disapplicare* tale disciplina.

Piuttosto l’eventuale rango legislativo della disciplina interna in (possibile) contrasto con la Carta potrebbe assumere rilievo indirettamente. Infatti, discendendo da tale rango – in linea generale – la possibilità di investire la Corte costituzionale di una questione di costituzionalità, esso potrebbe rappresentare il presupposto (o meglio uno dei presupposti) per l’attrazione della fattispecie tra quelle in relazione alle quali la Corte costituzionale ha recentemente affermato l’opportunità, se non addirittura la necessità, del proprio intervento, risultando in questa prospettiva i poteri di disapplicazione del giudice comune potenzialmente “erosi” non tanto da una preclusione originaria ricollegabile ad una sua assenza di competenza (in senso lato) o di legittimazione (sempre in senso lato, e qui peraltro il discorso meriterebbe di essere approfondito potendosi forse ricostruire e cogliere proprio in questa chiave la ragione profonda della “svolta” della Corte costituzionale); bensì dalla concorrenza, o meglio, da quella sorta di “preemption”, di prelazione, che il giudice delle leggi, in linea di principio non senza buone ragioni<sup>37</sup>, ha ritenuto saggio (tentare di) affermare a proprio favore

---

<sup>34</sup> V. in particolare il punto in cui si statuisce che le norme della CEDU “non producono *effetti diretti* nell’ordinamento interno, *tali da* affermare la competenza dei giudici nazionali a *darvi applicazione* nelle controversie ad essi sottoposte, *non applicando nello stesso tempo* le norme interne in eventuale contrasto” (corsivi aggiunti, per evidenziare la concatenazione logica e dunque l’effettiva, esatta portata del “divieto”).

<sup>35</sup> Cfr. se non altro – per limitarsi ad alcuni degli scritti dei due Autori che forse maggiormente hanno avuto a cuore e approfondito il problema – A. RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un “modello” internamente composito)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 28 febbraio 2011, nonché in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XV. Studi dell’anno 2011*, Torino, 2012, 35 ss.; ID., [La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU](#), in questa [Rivista, Studi 2011](#) (07.07.11), e in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XV. Studi dell’anno 2011*, Torino, 2012, 441 ss.; ID., *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 29 novembre 2014; e R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011.

<sup>36</sup> Cfr. in particolare il cap. 3 del volume *Il ruolo della CEDU*, cit.

<sup>37</sup> L’opportunità che la Corte costituzionale non assistesse inerte alla progressiva emarginazione propria e della Costituzione stessa in conseguenza del prevedibile sviluppo di una sorta di sindacato di costituzionalità diffuso (e semmai in parte “euro-accentrato”) sotto diverso nome e con diverso parametro (la Carta dei diritti fondamentali) era stata evidenziata e più volte ribadita anche da scrive a partire dal 2003. Per un’illustrazione delle ragioni alla base di tali rilievi

a partire dalla [sentenza n. 269 del 2017](#) (in termini invero non ancora definiti e chiariti in modo pieno, anche e precipuamente quanto alla cruciale questione del rapporto tra questa affermata nuova competenza della Consulta e le tradizionali competenze dei giudici comuni e della Corte di giustizia). Sul punto si tornerà poco più avanti.

8. (C) *L'applicazione diretta (con disapplicazione di norme legislative contrastanti)*

(C3) Esclusa la possibilità di vera e propria disapplicazione della legge per contrasto con la Costituzione e con la CEDU<sup>38</sup>, la questione “calda”, cui già si è fatto riferimento, è quella della disapplicazione per contrasto con la Carta dei diritti fondamentali.

A prescindere (per il momento) dalle ricadute – peraltro, come si anticipava, non ancora univocamente e precisamente definite – delle innovative indicazioni operative contenute nella [sentenza n. 269/2017](#) (e poi, come vedremo oltre, nelle sentenze [n. 20](#) e [n. 63 del 2019](#)), va ricordato che diversi fattori incidono a monte, in generale, sulla possibilità di applicazione della Carta e, in particolare, sulla possibilità di disapplicazione del diritto interno con essa incompatibile.

Sembra utile dedicare almeno qualche cenno ad alcuni di tali fattori.

1) Il primo, più immediato e ben noto limite all'applicazione della Carta, e quindi anche alla disapplicazione del diritto interno contrastante, deriva ovviamente da quanto previsto dall'articolo 51, par. 1 (prima parte), della Carta stessa: “Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure *agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*”<sup>39</sup>.

2) Un secondo limite, almeno potenziale, alla diretta invocabilità e alla “piena” applicabilità – con disapplicazione del diritto interno contrastante – delle norme, o meglio di *alcune* norme, della Carta, potrebbe poi discendere dalla famigerata distinzione tra diritti e principi di cui all'art. 52, par. 5: “Le

---

e per alcune proposte di “soluzione” cfr. ad es., volendo, V. SCARABBA, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*. Relazione introduttiva al “II Workshop in Diritto internazionale e dell'Unione”, organizzato da Magistratura Democratica e Medel (Venezia, 8-9 aprile 2011), in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo: il giudice alla ricerca della soluzione*, Bari, 2012, 109-125, nonché in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), e in [Europeanrights.eu](#), 2011, e ID., *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE* (relazione svolta nell'ambito dello “Stage di Diritto Europeo” - Formazione iniziale dei M.O.T. nominati con D.M. 10 dicembre 2015 e D.M.18 gennaio 2016, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Roma, Corte d'Appello, 27 - 29 luglio 20), in [Rivista AIC, 1/2017](#).

<sup>38</sup> Quanto alla CEDU – lasciando in disparte la questione, già accennata, dell'eventuale... non applicazione su base “cronologica” di leggi con essa incompatibili *precedenti*, secondo lo schema consueto dell'abrogazione implicita (da imputarsi alla legge di esecuzione, pariordinata e successiva rispetto alla legge che si andrebbe pertanto a ritenere abrogata) – può farsi tuttora riferimento, per una limpida e netta confutazione dei principali argomenti che erano stati adottati da parte di alcuni giudici (e talora in dottrina) a favore della possibilità di immediata disapplicazione delle leggi in contrasto con tale Convenzione – alla [sentenza della Corte costituzionale n. 80 del 2011](#).

<sup>39</sup> Sorvolando su altre questioni più specifiche sollevate dal tenore testuale dell'art. 51, un importante problema che si vuol segnalare al riguardo è quello delle “discriminazioni a rovescio” potenzialmente discendenti dalla differenza di trattamento, di regime, tra le fattispecie di rilievo eurounitario (nelle quali la Carta è invocabile) e le fattispecie “puramente interne” (nelle quali la Carta non può di per sé essere invocata): differenza di regime che talora sarà limitata al comunque importante piano “processuale”, qualora l'esistenza di garanzie costituzionali o convenzionali pienamente corrispondenti a quelle della Carta consenta di sollevare utilmente un'eccezione di incostituzionalità tale da raggiungere, alla fine, un risultato sostanzialmente analogo a quello che si avrebbe attraverso l'applicazione diretta la Carta; ma che talora sarà anche “sostanziale”, laddove l'impossibilità di invocare la Carta in una determinata fattispecie imporrà una soluzione del caso diversa da quella che si avrebbe in fattispecie strutturalmente identiche sotto ogni profilo logicamente rilevante, ma che però, ricadendo per ragioni “contingenti” nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, potranno/dovranno essere decise alla luce anche della Carta e, appunto per questo, avranno esito differente. Nell'impossibilità di affrontare il problema in questa sede, ci si permette di rinviare per alcune riflessioni in proposito a V. SCARABBA, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, cit.

disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate *da atti legislativi e esecutivi* adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri *allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione*, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse *possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti*" (corsivi ovviamente aggiunti, qui come altrove).

La questione è quanto mai complessa e delicata e non è ovviamente possibile affrontarla a tutto tondo<sup>40</sup>.

In estrema e selettiva sintesi, ci si può qui limitare a osservare quanto segue.

Anzitutto, può notarsi come la tesi secondo cui l'introduzione (ad opera della *seconda* Convenzione) di tale disposizione avesse tra i suoi scopi principali quello di ridurre le potenzialità operative della Carta in materia sociale sembri, per più versi, trovare riscontro nella "spiegazione" relativa a tale articolo<sup>41</sup>.

In secondo luogo, sembra utile richiamare ancora una volta un importante passaggio del "mandato di Colonia" – cioè dell'atto del Consiglio europeo del 3-4 giugno 1999 alla base del lavoro di elaborazione e redazione dell'intera Carta – nel quale si puntualizzava che, nella redazione del testo, si sarebbe dovuto prendere in considerazione i "diritti economici e sociali quali sono enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (art. 136 TCE), *nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione*".

Il motivo per il quale tale passaggio sembra "ex post" molto rilevante risiede nella possibilità di trarne – alla luce di un'ulteriore circostanza storica che non può essere cancellata dagli eventi successivi, e cioè del fatto che lo stesso Consiglio europeo, una volta che la (prima) Convenzione ha prodotto il suo testo, ha approvato tale testo senza alcuna obiezione – una sorta di regola interpretativa secondo la quale, almeno "fino a prova contraria", quelli contenuti nella Carta *non* sono "diritti unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione", cioè appunto, in buona sostanza e in questo contesto, "principi"; bensì, in ogni caso, "qualcosa di più"<sup>42</sup>.

In ogni caso, può ribadirsi che i "principi" cui fa riferimento l'art. 52 sono cosa diversa dai "principi generali" di cui all'art. 6, par. 3, del TUE (cioè quelli ricostruiti a partire dalla CEDU e dalle

---

<sup>40</sup> Per dei primi tentativi di approfondimento cfr. volendo V. SCIARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte. Le "clausole orizzontali" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* cit, e ID., *Tra Fonti e Corti*, cit.

<sup>41</sup> ... in primo luogo laddove (discutibilmente) si sostiene che la norma sarebbe in linea "con l'approccio ai 'principi' negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, *specialmente nella normativa sociale*"; e, in secondo luogo, laddove si introducono ulteriori elementi di ambiguità richiamando, quali esempi di *principi* contenuti nella Carta – oltre che l'art. 37 ("Tutela dell'ambiente") – gli artt. 25 e 26, i quali prevedono rispettivamente il "*diritto* degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale" e il "*diritto* dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità". Evidente, da una parte, la contraddizione terminologica. D'altra parte, poi, può notarsi come si tratti di disposizioni dalle quali la nostra e altre giurisprudenze (costituzionali e non) saprebbero ben trarre contenuti precettivi tali da permetterne, in molte situazioni fattuali e normative, una immediata invocabilità in sede giudiziaria.

<sup>42</sup> In effetti, se la disposizione dell'art. 52, par. 5, è chiara (ancorché, a ben vedere, meno di quanto potrebbe inizialmente apparire) nella sua seconda parte (quella in cui descrive/prescrive il "regime operativo" dei principi), essa contiene un elemento di incertezza (che le "spiegazioni" della Carta non sembrano affatto risolvere, ma anzi, come si è tentato di mostrare in altra sede, accentuano) nella prima, su un punto assolutamente decisivo: *quali* sono le "disposizioni della presente Carta che contengono dei principi"? E, prima ancora, e in generale: quali sono i *criteri per definire e individuare* questi "principi"?

Se si accetta, come sembra ragionevole, la possibilità di stabilire un certo collegamento tra i "principi" cui la disposizione allude e il passaggio del mandato di Colonia relativo ai diritti sociali – nel senso cioè che "principi" sarebbero proprio (forse non solo, ma anche e anzitutto) quelle norme, o quegli "pseudo-diritti", che si pongono "unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione" – si potrebbe allora arrivare ad affermare, chiudendo il cerchio, che, appunto *fino a prova contraria*, come si diceva, quelli contenuti nella Carta *non* sono *principi* (non almeno, lo si vuol ribadire, principi in questo senso).

Si tratta, come intuibile, di un canone ermeneutico piuttosto rigoroso e forse in grado di ridimensionare già "a monte" i possibili effetti dannosi di una disposizione dagli intenti (e dai contenuti) parecchio discutibili.

tradizioni costituzionali comuni e sul cui regime giuridico sarebbe pure opportuno tornare a riflettere con la massima attenzione, ma in un quadro e in una logica del tutto diversa).

3) Si deve rinviare a quanto scritto in altra occasione<sup>43</sup> anche con riguardo ad una terza questione in grado di incidere in senso lato sull'applicazione della Carta, e cioè quella relativa al ruolo delle altrettanto famigerate ma tuttora sempre un po' misteriose "spiegazioni": richiamate, in virtù di successive, progressive aggiunte di evidente e quasi ossessivo intento "riduttivo" (rispetto alle potenzialità innovative della testo di Nizza), sia nel Preambolo della Carta, sia nel suo art. 52, par. 7, sia, infine, nell'art. 6 del Trattato sull'Unione.

Basterà qui ricordare, pur solo con un brevissimo cenno, quale fosse, lavori preparatori alla mano, l'originaria natura e funzione di tale documento. Ciò dovrebbe consentire almeno di "smascherare" e in parte neutralizzare quella sorta di "falso storico" compiuto allorché si è aggiunto nell'art. 52 della Carta il già richiamato par. 7, che ragiona di "spiegazioni elaborate *al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali*".

Ebbene, nel documento della Convenzione Herzog del 31 luglio 2000 contenente la versione originaria delle "spiegazioni" relative al testo completo della Carta<sup>44</sup>, si legge: "Si allega *per i membri della Convenzione* una relazione esplicativa delle disposizioni della Carta, elaborata dal Segretariato su mandato del Presidium. *Il Presidium aveva chiesto* in particolare che la relazione fosse *il più possibile fattuale e riprendesse i testi o la giurisprudenza che sono serviti da fonte per la redazione* dei vari articoli, *evitando ogni tentativo di interpretazione della Carta*" (corsivi aggiunti).

Questa frase, ci pare, mostra con sufficiente chiarezza sia il vero motivo delle peculiarità contenutistiche delle "spiegazioni" (e, precipuamente, della loro ricchezza di richiami e citazioni di fonti precedenti), sia, soprattutto, la limitatissima funzione che questo documento esplicativo era chiamato a svolgere nell'intenzione tanto di chi lo aveva scritto quanto di chi aveva chiesto di scriverlo: funzione, in sostanza, di pura illustrazione storico-descrittiva, destinata essenzialmente ai membri della Convenzione (non tutti esperti giuristi in grado di padroneggiare il complesso quadro normativo di riferimento), relativamente ai "materiali" utilizzati per la redazione della prima bozza completa di articolato ad opera dello stesso Presidium. E ciò spiega, al contempo, perché le Spiegazioni pongano l'accento più sulle appariscenti (o apparenti) consonanze con le fonti di ispirazione della Carta che non sulle potenziali dissonanze e sulle positive innovazioni che proprio e solo *dall'interpretazione* (per così dire "autonoma") *della Carta* avrebbero potuto e potrebbero emergere.

In breve, dunque, se un qualche ausilio le "spiegazioni" dovevano fornire all'operatore, esso in tutto sembrava poter consistere fuor che in un "orientamento interpretativo". Ecco perché, con riguardo alla disposizione di cui all'art. 52, par. 7, ci si era permessi e ci si permette nuovamente di ricorrere all'espressione "falso storico".

4) Un quarto elemento in grado di incidere a monte, in generale, sui rapporti tra Carta e diritto interno, e a valle, in particolare e come conseguenza, sul tema della disapplicazione delle norme nazionali, si ricollega non tanto alla ridondante e tutto sommato innocua previsione generale inserita nell'art. 52, par. 6 (secondo cui, nell'interpretazione e applicazione della Carta, "si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, *come specificato nella presente Carta*"), quanto piuttosto proprio alla tecnica redazionale cui si è fatto effettivamente ricorso in moltissimi articoli, che contengono una serie di rinvii alle legislazioni e prassi nazionali, nonché un certo numero di ulteriori "abdicazioni definitive" potenzialmente in grado di "svuotare" (e in ogni caso di limitare) la portata precettiva di tutti gli articoli in questione, andando così a delineare, forse anche opportunamente almeno per certi diritti, un sistema "a geometria (parzialmente) variabile", la cui logica di fondo e la cui concreta funzionalità sembrerebbero accostabili, con implicazioni

---

<sup>43</sup> Cfr. V. SCARABBA, *Le "spiegazioni" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, I, 59-93.

<sup>44</sup> Documento CHARTE 4423/00 (CONVENT 46).



molto interessanti (nel bene e nel male), a quelle proprie della dottrina del “margine di apprezzamento” elaborata con riguardo alla CEDU dalla Corte di Strasburgo<sup>45</sup>.

5) Di grande impatto sulle concrete possibilità di applicazione della Carta (e accantonamento del diritto interno con essa contrastante) parrebbe infine poter essere un quinto elemento: ai sensi dell’art. 53 della medesima, “[n]essuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”. In disparte l’ambiguo riferimento al “rispettivo ambito di applicazione” (su cui non ci si può qui soffermare<sup>46</sup>, ma che non può in ogni caso essere inteso in modo tale da vanificare del tutto la regola posta), sembra chiaro che, affinché la disposizione possa avere un senso e un’utilità, se ne dovrebbe ricavare che in base ad essa alcune norme della Carta, alle quali è in via generale riconosciuto un certo significato, e che secondo questa loro interpretazione dovrebbero teoricamente essere applicate (anche) in un determinato contesto, non potranno esserlo, almeno in certi casi, laddove così facendo si andrebbero a limitare o a ledere dei diritti umani o delle libertà fondamentali riconosciute in tale contesto da una delle fonti indicate (e la considerazione sembra valere, in particolare, per le singole costituzioni degli Stati membri, la cui rilevanza diretta potrebbe forse andare ad affermarsi duttilmente per questa via ancor più che per il tramite dell’4, par. 2, TUE).

Tirando le fila, è evidente come, alla luce di tutti questi elementi (e di altri ancora: si pensi almeno alla disposizione, qui volutamente posta in secondo piano ma pur sempre di rilievo, inserita nell’art. 52, par. 4, della Carta, secondo cui “[l]addove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni”), siano numerosi e complessi gli approfondimenti e le verifiche da effettuarsi, *in primis* da parte degli avvocati e ovviamente poi anche da parte del giudice (all’occorrenza chiedendo lumi alla Corte di giustizia), prima di poter affermare che almeno in linea teorica la tensione, insuperabile per via ermeneutica, tra una norma di legge e la Carta dei diritti fondamentali potrebbe essere risolta immediatamente non applicando la legge (e così dando piena applicazione alla Carta).

In aggiunta a ciò, occorre ora rimarcare che, anche nei casi in cui tutte le verifiche abbiano dato esito positivo, sicché in linea appunto teorica sarebbe possibile procedere nel modo appena descritto, la Corte costituzionale ha, come si è visto, affermato (a partire dalla [sentenza n. 269/2017](#)) la propria competenza ad occuparsi di questioni del genere in sede di giudizio accentrato di costituzionalità, quantomeno (ma molto probabilmente non soltanto, come si vedrà dedicando qualche cenno alla [sentenza n. 20/2019](#)) nelle ipotesi in cui, “in parallelo” ad una violazione della Carta, si ritenga (o si sospetti) che vi sia stata, da parte della legge che dovrebbe essere (non) applicata nel giudizio, una violazione della Costituzione (o anche della CEDU, come è stato poi precisato nella [sentenza n. 63/2019](#)).

La tematica dei rapporti (non ancora ben chiariti, e con tutta probabilità destinati a restare largamente “fluttuanti”) tra gli strumenti della *disapplicazione* (*rectius*, secondo la ricostruzione della Consulta, “non applicazione”), dell’*incidente di costituzionalità* e del *rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia* – da parte del giudice comune oppure da parte della stessa Corte costituzionale, che come è noto già da diversi anni ha mutato il proprio precedente orientamento sul punto, riconoscendosi adesso competente a proporre questioni pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo sia nei giudizi in via

---

<sup>45</sup> Vale la pena riproporre un breve “censimento” delle disposizioni cui si allude, ricordando come, non a caso, esse riguardino quasi sempre questioni che avevano dato adito ad accese controversie durante i lavori della Convenzione, particolarmente in materia sociale. Si tratta infatti (salvo dimenticanze): dell’art. 10, par. 2; dell’art. 14, par. 3; dell’art. 16; dell’art. 27; dell’art. 28; dell’art. 30; dell’art. 34, par. 1, 2 e 3; dell’art. 35, prima parte, e dell’art. 36.

<sup>46</sup> Per qualche tentativo di riflessione in proposito cfr. volendo V. SCIARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte. Le “clausole orizzontali” della Carta*, cit. e ID., *Tra Fonti e Corti*, cit.

principale<sup>47</sup> sia in quelli via incidentale<sup>48</sup> – rappresenta una delle tematiche di maggior complessità, attualità e rilievo (riguardando i gangli più importanti dell'intero ordinamento tanto a livello interno quanto a livello eurounitario) nell'ambito del diritto e della giustizia costituzionale in Italia e in Europa. È dunque evidente che su di essa si dovrà tornare ripetutamente ed in modo approfondito nei prossimi mesi ed anni (oltre che, in maniera chiaramente molto sintetica, già nelle prossime pagine).

#### 9. (D) *L'incidente di costituzionalità*

(D1 e D2) Circa la possibilità di promuovere incidenti di costituzionalità in caso di sospette violazioni della *Costituzione* non c'è ovviamente nulla da dire in questa sede, trattandosi di circostanza ovvia.

Quanto poi alla possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale per contrasto con la *CEDU*, si può rinviare, ai nostri limitati fini, a quanto si è detto in precedenza, ove si è ricapitolato in breve il portato delle “sentenze” gemelle del 2007 e della successiva giurisprudenza della Corte costituzionale in materia<sup>49</sup>.

(D3) La possibilità di sollevare in via incidentale una questione costituzionalità in caso di contrasto con norme della *Carta dei diritti fondamentali* rappresenta invece, come si è ricordato, una novità esplicitamente presentata come tale nella [sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017](#), della quale si è già richiamata quella sorta di massima operativa secondo cui “laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, de[ve] essere sollevata la questione di legittimità costituzionale”.

Può notarsi, prima di soffermarsi su un paio di sentenze più recenti che sembrano aver modificato il quadro in alcuni suoi aspetti essenziali, la particolare “nettezza” di una simile impostazione, sia (a) quanto alla *delimitazione delle situazioni “coperte” dal mutamento di orientamento giurisprudenziale* rispetto alla (ormai) “tradizionale” (e così parzialmente superata) ricostruzione risalente alla [sentenza n. 170/1984](#), sia (b) quanto alla *definizione degli effetti di tale mutamento*: facendosi riferimento, sotto il primo profilo, alle situazioni in cui una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità *tanto in riferimento alla Costituzione, quanto in riferimento alla Carta*; ed affermandosi, sotto il secondo profilo, che in tali situazioni “*debba* essere sollevata la questione di legittimità”.

---

<sup>47</sup> A partire dall'[ordinanza n. 103 del 2008](#), sulla quale v. anzitutto i commenti di F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008* e M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, entrambi in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, rispettivamente 1288 ss. e 1312 ss.; S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 808 ss. ed E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, 7689 ss..

<sup>48</sup> A partire dall'[ordinanza n. 207 del 2013](#), su cui, tra gli altri, O. POLLICINO, *From Partial to Full Dialogue with Luxembourg: The Last Cooperative step of the Italian Constitutional Court*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2014; A. RUGGERI, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?* cit., spec. 44 ss.; G. REPETTO, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, in *Diritti Comparati*, 2013; ID., *I mutevoli equilibri del rinvio pregiudiziale: il caso dei precari della scuola e l'assessamento dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, *ibidem*, 2014; A. CERRI, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 2897 ss.; A. ADINOLFI, *Una “rivoluzione silenziosa”: il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale*, in *Riv. Dir. Intern.*, 2013, 1249 ss.; E. LUPO, *L'evoluzione del dialogo tra le Corti*, in *Questione Giustizia*, 1/2014, 33 ss.; B. GUASTAFERRO, *Il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 980 ss.; G. PICCIRILLI, [L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida \(nota a Corte cost., ord. n. 24/2017\)](#), in questa *Rivista*, *Studi 2017/I*, 125.

<sup>49</sup> Mentre per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici si rimanda ancora a V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit.

Dunque, per semplificare, *solo* in queste situazioni, e *in tutte* queste situazioni, si sarebbe passati da un *divieto* di sollevare la questione di costituzionalità (e contestuale *obbligo* di immediata disapplicazione della legge “incriminata”) a un *obbligo* di sollevare la questione (e contestuale *divieto* di immediata disapplicazione).

Soluzione molto lineare, si potrebbe dire. E, sotto questo specifico profilo, si potrebbe anzi apprezzare la capacità della [sentenza n. 269](#) di fornire ai giudici comuni una “regola di comportamento” semplice, facile da decifrare e (su un piano astratto) facile da rispettare, l’unica valutazione richiesta al giudice essendo quella relativa alla apparente sussistenza di elementi di contrarietà della legge rispetto alla Costituzione e alla Carta, senza necessità, né anzi possibilità, di spingersi oltre, giacché una volta effettuato tale riscontro il giudice non dovrebbe né potrebbe far altro che sospendere il giudizio e rimettere la questione alla Corte costituzionale, alla quale spetterebbe “sbrogliare la matassa”.

Tuttavia, si era già avuto modo di notare<sup>50</sup> come la soluzione patrocinata e (almeno a prima vista immancabilmente) “imposta” dalla Corte – quella cioè per cui i giudici comuni dovrebbero necessariamente rivolgersi ad essa ogniqualvolta si profili una violazione congiunta di norme della Carta e della Costituzione – apparisse piuttosto rigida e fortemente semplificata rispetto ad altre più articolate, e forse più funzionali, soluzioni prospettabili e prospettate (cosa che sembra tra l’altro spiegare, almeno in parte, le perplessità e le “resistenze” variamente manifestate nel frattempo da parte della magistratura comune verso l’impostazione e le indicazioni operative della [sentenza n. 269](#)<sup>51</sup>).

Ad esempio, secondo la diversa tesi sostenuta da Augusto Barbera poco prima dell’adozione della [sentenza n. 269](#), ai giudici comuni “andrebbe richiesto di non disapplicare puntuali norme interne applicando principi *non univocamente antinomici* o addirittura di scarsa precettività; principi che, comunque, potrebbero esigere un *più ampio bilanciamento con altri principi* (per esempio utilizzando il meta-principio di proporzionalità). *In tali casi (e solo in tali casi)* essi *potrebbero*, invece, sollevare un incidente di costituzionalità sulle norme interne per violazione, in via interposta, di un parametro costituzionale”<sup>52</sup>.

Più in generale, si era sostenuto, in linea di piena continuità con riflessioni avanzate già da diversi anni<sup>53</sup>, “che il miglior ‘punto di equilibrio’ avrebbe potuto (e ancora tutto sommato potrebbe) in questa fase essere collocato – in linea generale e salve ulteriori specificazioni – in una zona intermedia tra il vecchio e ormai superato *divieto* di sollevare una questione di mancata conformità alla Carta dei diritti davanti alla Corte costituzionale, con connesso *obbligo* di immediata disapplicazione (o di rinvio alla Corte di Lussemburgo nei casi dubbi) da parte del giudice comune, e la situazione opposta di immancabile *obbligo* di rivolgersi sempre e subito alla Corte costituzionale”<sup>54</sup>.

In altre parole, si era ritenuto che, sempre in linea generale, sarebbe stato utile ragionare di una *facoltà*, con diverse sfumature a seconda dei casi, di rivolgersi alla Corte Costituzionale<sup>55</sup>. Tale facoltà, si era detto, “potrebbe (e anzi dovrebbe) poi, in alcuni casi (v. poco oltre), connotarsi in termini tali da ‘assomigliare’ molto, e nella sostanza a coincidere, con un obbligo, senza che però essa sia formalmente inquadrata come tale, a meno che si sia disposti, da parte della Corte

<sup>50</sup> V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit., 333.

<sup>51</sup> Per un sintetico riepilogo di alcune significative “reazioni” dei giudici comuni, in specie della Corte di Cassazione, alle direttive contenute nella [sentenza n. 269](#) cfr. A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018.

<sup>52</sup> A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in [Rivista AIC](#), 4/2017 (corsivi aggiunti).

<sup>53</sup> Cfr. V. SCIARABBA, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, cit., e ID., *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE*, cit.

<sup>54</sup> V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit., 334 s.

<sup>55</sup> Salvi i soli casi – che sembrerebbero già esclusi dalla Corte nel quadro attuale – in cui la Consulta si ritroverebbe a fare solo da “passacarte” per Lussemburgo, senza avere alcun ruolo autonomo né prima né dopo il responso della Corte di giustizia, non essendovi né altri motivi di illegittimità se non quelli relativi alla violazione indiretta degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., né rischi di dover fare ricorso ai “controlimiti” a seguito del giudizio della Corte di giustizia.

costituzionale, ad accettare la quanto mai problematica prospettiva – in caso di violazione di tale obbligo – di un conflitto di attribuzione<sup>56</sup> da essa stessa promosso contro il giudice reo di essersi discostato dalle indicazioni operative da essa stessa fornite<sup>57,58</sup>; e si era precisato che il passaggio dalla mera facoltà al sostanziale obbligo non dovrebbe essere concepito come un “salto” ontologico (e deontico), secondo una logica binaria in cui esistono solo il bianco e il nero, ma secondo una logica di gradualità (tanto più che, come si è visto, sarebbe difficile immaginare sanzioni per il mancato rispetto del pur eventualmente affermato obbligo, salvi al limite casi macroscopici)<sup>59</sup>.

Quanto poi al criterio generale cui il giudice comune dovrebbe rifarsi per valutare, diciamo così, quanto sia opportuno rivolgersi alla Corte costituzionale, era sembrato di poter “dire, in prima battuta, che tanto più la questione sia *costituzionalmente complessa e/o delicata* tanto più l’intervento della Corte costituzionale sarebbe opportuno, fino a diventare, in certi casi, palesemente necessario (a prescindere da qualificazioni formali e da sanzioni di cui, almeno in questo campo, sarebbe auspicabile non avere bisogno e non fare uso)”; il problema diventando a questo punto, naturalmente, quello di “capire bene cosa debba intendersi per ‘costituzionalmente complessa’ o ‘costituzionalmente delicata’ ai fini in questione<sup>60,61</sup>”.

La “risposta” che si era abbozzata identificava come “ipotesi di *maggior complessità e delicatezza costituzionale* [...] non solo (e forse non tanto) quelle di *sospetta violazione congiunta della Costituzione, della Carta e della CEDU*, ma anche, e soprattutto, quelle di *contestuale rilevanza* di queste tre fonti (e delle rispettive giurisprudenze)<sup>62</sup> in termini però non di coincidenza,

---

<sup>56</sup> Una simile prospettiva era stata evocata da M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in [Rivista AIC](#), 1/2011, par. 7, con riguardo all’ipotesi di disapplicazione della legge per contrasto con la CEDU. Ma, come aveva rilevato A. RUGGERI, [La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU](#), cit., “l’ipotesi sembra francamente alquanto astratta, tant’è che a tutt’oggi i casi di ‘ribellione’ non sono stati sanzionati nel modo suddetto”.

Tale giudizio sembra valere anche, ed anzi a maggior ragione, con riferimento all’ipotesi di disapplicazione della legge *per contrasto con la Carta dei diritti*, per motivi facilmente intuibili (v. al riguardo la nota seguente).

<sup>57</sup> In termini, oltretutto, oggettivamente innovativi rispetto alla propria stessa precedente giurisprudenza e rispetto alla tradizionale giurisprudenza della Corte di giustizia.

<sup>58</sup> V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit., 335 s.

<sup>59</sup> A una simile e anzi ancor più estrema logica binaria sembravano invece rispondere i passaggi “incriminati” della [sentenza n. 269](#), nella quale si prescindeva perfino dal concetto di *facoltà* e si oscillava, senza che fossero configurate almeno formalmente soluzioni intermedie, tra i due poli opposti del *divieto* e dell’*obbligo* di sollevare la questione di costituzionalità (il passaggio dal primo al secondo polo essendo collegato a una sorta di interruttore che lo stesso giudice comune potrebbe, anzi in teoria appunto *dovrebbe*, utilizzare al ricorrere dell’unica circostanza indicata dalla Corte, e cioè il sospetto di mancata conformità della legge tanto alla Costituzione quanto alla Carta dei diritti, ogni altro elemento risultando invece, sempre in teoria, del tutto irrilevante).

<sup>60</sup> “Ai fini in questione” perché è chiaro che ogni riflessione su questo aspetto dovrà basarsi, con un certo pragmatismo, soprattutto sulla consapevolezza delle differenze principali del giudizio presso la Corte costituzionale rispetto a ogni altro giudizio, per tutta una serie di ragioni sulle quali non serve qui dilungarsi, e che vanno dalla composizione stessa della Corte agli effetti (diretti e indiretti) delle sue decisioni.

Con riguardo a quest’ultimo profilo, ricorda Barbera come la questione di fondo non sia solo quella di aggirare e “scavalcare” o meno le Corti costituzionali, ma soprattutto quella di compromettere o preservare le *garanzie di certezza* che accompagnano gli istituti di legittimità costituzionale accentrata: “[è] appena il caso di sottolineare, infatti, che le decisioni delle Corti costituzionali operano con effetti *erga omnes* (ed *ex tunc*), così assicurando maggiore uniformità e certezza, mentre la ‘disapplicazione’, lasciando in vita la norma, la rende utilizzabile da altri interpreti, da altro giudice o da altro Ufficio della pubblica amministrazione. Né si può confidare più di tanto nell’obbligo del legislatore di rimuovere quella norma (obbligo, peraltro, sempre più debolmente sottolineato dalla Corte di Giustizia: ma v. [C-455/01 del 16 ottobre 2003 Commissione vs Repubblica italiana](#))” (A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., 8).

<sup>61</sup> V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit., 336 s.

<sup>62</sup> A proposito del sempre più stretto intreccio fra le tre Carte (e tra le giurisprudenze delle Corti che ne rappresentano, riprendendo una felice espressione già utilizzata per la nostra Corte costituzionale, la “viva voce”), merita di essere ricordato un filone di indagine e di riflessione poco battuto, ma che in futuro sarà probabilmente necessario sviluppare e tenere in grande considerazione: e cioè quello che guarda ai rapporti tra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione, e tra Corte di giustizia e Corte EDU, non *dal punto di vista eurounitario* (secondo quanto, per ovvie ragioni, è soprattutto avvenuto, approfondendo sotto molti profili la questione dell’influenza della CEDU, e della giurisprudenza di Strasburgo,

sovrapposizione o comunque convergenza (potrebbe dirsi di ‘coassialità’, rifacendosi a una illuminante teorizzazione di Roberto Bin<sup>63</sup>), bensì, in qualche modo, di concorrenza e almeno apparente divergenza<sup>64</sup>, ponendosi in questi casi difficili problemi che potrebbero volendo definirsi, almeno in prima battuta e per intendersi, di ‘bilanciamento di bilanciamenti’<sup>65,66</sup>.

Tutte queste riflessioni formulate a seguito della – e con riferimento alla – [sentenza n. 269/2017](#) si sono volute riportare per una ragione ben specifica, e cioè che il quadro in esse prospettato in termini meramente propositivi sembra ora coincidere pressoché in pieno con quello che parrebbe essersi delineato nella giurisprudenza costituzionale alla luce e in virtù di alcune importanti affermazioni contenute in due già citate sentenze del 2019, la [n. 20](#) e la [n. 63](#).

In particolare, attraverso tali due sentenze la Corte costituzionale sembrerebbe aver smussato uno dei profili più spigolosi e problematici della [sentenza n. 269](#) – quello connesso all’apparente (ed in effetti affermato inizialmente come tale) *obbligo* di rivolgersi ad essa in *tutti* i casi in cui si sospetti una congiunta violazione della Carta e della Costituzione – e, per altro verso, ha (o almeno sembra: in parte in termini netti, in altra parte in termini non ancora del tutto univoci e stringenti, ma già piuttosto indicativi) aver chiarito in senso conciliante un’altra fondamentale questione, e cioè quella relativa alla perdurante possibilità che il giudice comune si rivolga alla Corte di giustizia *per qualsiasi motivo ed in qualsiasi momento*: laddove, in un primo tempo, tale questione era sembrata (almeno a molti commentatori della [sentenza n. 269/2017](#)) risolta in senso ben differente e molto più restrittivo (anche a causa di quel sibillino “per altri motivi” inserito in un importante passaggio della [sent. 269/2017](#): v. oltre).

Quanto al primo aspetto (*obbligo* o *facoltà* di rivolgersi alla Corte costituzionale), può notarsi che mentre nella [sentenza n. 269/2017](#) il giudice delle leggi aveva affermato che “le violazioni dei diritti della persona postulano la *necessità* di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale”, giungendo alla conclusione “che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza

---

sui contenuti della Carta, sulla sua interpretazione, e in genere sulla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo; e, semmai, ragionando sulle conseguenze che, su tutto ciò, potrebbe avere l’adesione dell’UE alla CEDU), bensì dal punto di vista opposto, cioè *dal punto di vista* del sistema CEDU, e dunque *della giurisprudenza della Corte di Strasburgo*.

In questo senso, appare per esempio di notevole interesse – specie in vista delle future, prevedibilmente sempre più frequenti, “triangolazioni” che potranno aversi tra Corti nazionali e Corti europee – il contributo di P. COSTANZO, *L’uso fatto della Carta dei diritti dell’Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in questa *Rivista*, [Studi 2016/I](#), 10; così come risulta ancor più significativo, proprio in questa prospettiva di riflessione allargata, il contributo dello stesso P. COSTANZO, insieme a L. TRUCCO, su *Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in questa *Rivista*, [Studi 2015/III](#), 851, ove si mettono in evidenza e/o si offrono notevoli elementi per poter cogliere, concentrandosi su un terreno specifico e concreto, le complesse dinamiche (in specie, potrebbe dirsi, le variegate forme di influenza o comunque di relazione: diretta o indiretta; immediata o di lungo periodo; autoritativa o persuasiva; sotto forma di azione, di reazione o al limite di resistenza) riscontrabili, per così dire, *su tutti i lati del triangolo*; e, per ciascun lato, *in entrambi i versi*.

<sup>63</sup> Cfr. R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018.

<sup>64</sup> Cfr. in proposito, ad esempio, le ipotesi teoriche messe a fuoco già tempo addietro da A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive* (Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su Corte costituzionale e sistema istituzionale, Pisa 4-5 giugno 2010), al sito telematico [www.cde.unict.it](http://www.cde.unict.it), 2010.

<sup>65</sup> È questa l’espressione che si era utilizzata, commentando le sentenze gemelle, con riguardo a quelle situazioni che avrebbero imposto, in sostanza, un “confronto tra una soluzione propugnata dalla Corte di Strasburgo ed una diversa e incompatibile soluzione propugnata [nella propria precedente giurisprudenza] dalla Corte costituzionale (soluzioni, l’una e l’altra, a loro volta in linea di massima espressioni di già effettuati bilanciamenti tra diritti, principi, valori o interesse concorrenti: perciò ‘bilanciamento di bilanciamenti’)”; confronto/bilanciamento nell’ambito del quale, si aggiungeva, “dovrebbe probabilmente inserirsi anche, sul ‘piatto’ della soluzione di Strasburgo, il *valore (costituzionale) dell’apertura al diritto internazionale (e forse, in modo speciale, all’integrazione europea)*, tanto più con riguardo alle tematiche dei diritti fondamentali” (così in V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali* (a commento delle [sentenze della Corte costituzionale n. 348](#) e [n. 349 del 2007](#)), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, V, 3579-3591).

<sup>66</sup> V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit., 349 ss.

comunitaria, *debba* essere sollevata la questione di legittimità costituzionale”, nella [sentenza n. 20/2019](#) i citati passaggi sono richiamati con una piccola, ma (sembrerebbe) fondamentale modifica: ivi infatti la Corte ricorda di aver “concluso che in tali casi – fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale [...] – va preservata *l’opportunità* di un intervento con effetti erga omnes di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentratore di legittimità costituzionale a fondamento dell’architettura costituzionale”; inoltre, in un altro passaggio (non soltanto ma anche sotto questo aspetto) molto significativo della stessa sentenza, la Corte afferma che “[l]a ‘prima parola’ che questa Corte, *per volontà esplicita del giudice a quo*, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco”; e similmente, ma in termini forse ancor più espliciti, nella [sent. n. 63/2019](#) la Corte, dopo aver ribadito la sussistenza del “potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE” (v. oltre), afferma che, “[l]addove però *sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale* che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall’ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione”.

Quanto al secondo aspetto (quello relativo ai residui poteri del giudice comune di rivolgersi alla Corte di giustizia e di procedere alla disapplicazione della normativa interna in contrasto con la Carta), si rinvia per esigenze sistematiche a quanto si dirà poco oltre in riferimento alla “casella” E3, specificamente dedicata, per l’appunto, al rinvio pregiudiziale per finalità interpretative della Carta (e, indirettamente, di valutazione della compatibilità con essa, e quindi della applicabilità, del diritto interno).

Quanto poi alla questione dell’individuazione di quelle situazioni la cui particolare complessità e delicatezza costituzionale renderebbe il ricorso al sindacato accentratore svolto dal giudice delle leggi particolarmente opportuno (o, potrebbe dirsi, virtualmente necessario), sembra molto significativo quel passaggio della [sent. 20/2019](#) nel quale la Corte costituzionale ha affermato che “[l]’ammissibilità ... delle questioni sollevate, emerge anche alla luce della circostanza che la disciplina legislativa censurata ... opera ... su un terreno nel quale risultano *in connessione* – e talvolta anche *in visibile tensione* – diritti e principi fondamentali, contemporaneamente tutelati sia dalla Costituzione che dal diritto europeo, primario e derivato” (nel caso di specie, da una parte, il diritto alla riservatezza dei dati personali, quale manifestazione del diritto fondamentale all’intangibilità della sfera privata, che trova riferimenti nella Costituzione italiana e, in relazione a molteplici ambiti di disciplina, nella giurisprudenza costituzionale, incontrando al contempo specifica protezione in una serie di norme europee e convenzionali evocate dal giudice rimettente; e, dall’altra parte, “con eguale rilievo”, i principi di pubblicità e trasparenza: principi ricollegabili al principio democratico *ex art. 1 Cost.* e a quello di buon funzionamento dell’amministrazione *ex art. 97 Cost.*, e che tendono ormai a manifestarsi, nella loro declinazione soggettiva, nella forma di un diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione, sia nella legislazione interna sia nel diritto europeo, *ex art. 15, par. 3, primo comma, TFUE* e *art. 42 CDFUE*).

Tale passaggio argomentativo assume ancor maggiore significato se letto in relazione a quegli altri passaggi della medesima decisione in cui si ricorda come il giudice *a quo*, pur mostrandosi pienamente consapevole del fatto che la Corte di giustizia avesse ritenuto le norme europee pertinenti nel giudizio *direttamente applicabili*, fosse giunto tuttavia a escludere che le disposizioni interne contestate fossero suscettibili di essere *disapplicate* per contrasto con le normative europee in quanto in realtà non sarebbe stata individuabile una “disciplina *self-executing* di tale matrice *direttamente applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio*”. A tale conclusione il rimettente arrivava sulla base di un duplice rilievo, per noi particolarmente illuminante: per un verso, ricordava che Corte di giustizia aveva sì ritenuto, a seguito di rinvio pregiudiziale, che le invocate norme europee fossero direttamente applicabili, ma aveva “*devoluto al giudice nazionale* la valutazione sul corretto

*bilanciamento tra i due diritti potenzialmente confliggenti*” (e si noti che, come è stato autorevolmente ricordato, quando la Corte di giustizia afferma, in via generale, che spetta al giudice nazionale applicare al caso concreto i principi da essa affermati, il riferimento è da intendersi a *tutti* i giudici nazionali, incluse le *Corti costituzionali* che si inseriscono nel dialogo in base agli schemi e alle logiche proprie delle rispettive Costituzioni<sup>67</sup>); per l’altro, si esprimeva nel senso “che la valutazione sul bilanciamento in parola *non po[tesse] che spettare a questa Corte*” (cioè alla Corte costituzionale, la quale, per parte sua, riferendosi presumibilmente proprio a questa considerazione del rimettente o comunque agli elementi fattuali alla base di essa, affermava testualmente, poco più avanti, che “[n]on erra, pertanto, il giudice *a quo* quando segnala la peculiarità dell’esame cui deve essere soggetta la disciplina legislativa che egli si trova ad applicare, e quando sottolinea che tale esame va condotto dalla Corte costituzionale”).

Evidente, ci pare, la consonanza di un simile approccio con le riflessioni prima svolte in linea teorica, laddove – ferma la generale libertà, o meglio discrezionalità, del giudice comune nel decidere come agire (scegliendo, in breve, tra le seguenti opzioni: disapplicare direttamente, rivolgersi alla Corte costituzionale, rivolgersi alla Corte di giustizia) nei casi di lamentata violazione di diritti e principi fondamentali di matrice anche eurounitaria – si osservava come tra le ipotesi di maggiore delicatezza e complessità costituzionale, che dovrebbero indurre a privilegiare (almeno *in prima battuta*) la strada del giudizio presso la Consulta, dovrebbero inserirsi anzitutto quelle in cui si pongano problemi di *bilanciamento* tra più diritti e principi fondamentali variamente tutelati (e magari, appunto, variamente bilanciati) nelle diverse fonti e nelle diverse giurisprudenze<sup>68</sup>.

#### 10. (E) *Il rinvio pregiudiziale*

(E2) Mentre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai fini dell’interpretazione *della CEDU in quanto tale* è certamente da escludere almeno fino ad avvenuta adesione dell’UE alla CEDU<sup>69</sup>,

<sup>67</sup> Cfr. L.S. ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in [Federalismi.it](http://federalismi.it), 1° agosto 2018.

<sup>68</sup> Più esplicitamente, la “forte opportunità” (o, come si diceva, la virtuale necessità) del coinvolgimento della Corte costituzionale si dovrebbe riconoscere tanto nel caso in cui due o più diritti e/o principi fondamentali da bilanciare trovino *similmente* fondamento in più fonti, in termini grossomodo *convergenti*, quanto (a maggior ragione, verrebbe da dire) nel caso in cui essi trovino *diversamente* fondamento nelle varie fonti, in termini più o meno marcatamente *divergenti*.

Appena il caso di aggiungere che nell’ipotesi (invero per nulla remota, su questo terreno) in cui venissero addirittura in rilievo i c.d. controlimiti l’intervento della Corte costituzionale dovrebbe ritenersi, per tradizionale e costante giurisprudenza di tale Corte, non più solo (come qui si è voluto dire con riguardo ad alcune delle nuove ipotesi di coinvolgimento del giudice delle leggi) “fortemente opportuno” o “virtualmente” necessario, ma *propriamente e strettamente* necessario (ovvero *obbligatorio*, e – stavolta sì – probabilmente “rivendicabile”, a tutela generale dell’ordinamento oltre e più che dei propri poteri, anche attraverso il rimedio del conflitto di attribuzioni promosso dalla stessa Consulta).

<sup>69</sup> E non è nemmeno del tutto scontato che, ad adesione avvenuta, le cose cambierebbero sotto questo profilo.

In ogni caso, la questione è al momento di ridotto interesse pratico in quanto, come è noto, la Corte di giustizia, con il [parere 2/2013 del 18 dicembre 2014](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:6201320130018) (invero discutibile in molte sue parti), ha bocciato il progetto di accordo di adesione; e, per gli argomenti addotti, ha reso molto più difficile (c’è chi dice addirittura di fatto “impossibile”, sebbene un simile esito sarebbe chiaramente in contrasto con l’esplicita previsione contenuta nell’art. 6, par. 2, TUE, secondo cui “L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”) la negoziazione e la conclusione di un nuovo accordo di adesione.

Per una trattazione piuttosto recente della questione dell’adesione dell’UE alla CEDU si può rinviare a A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, 347 ss.

Sul [parere 2/2013](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:6201320130018) della Corte di giustizia e sui problemi connessi cfr., tra i tanti, J.P. JACQUÉ, *Non à l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme?*, in [Droit de l’Union européenne](http://droitdeunion.europa.eu), 2014; S. PEERS, *The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare*, in [German Law Journal](http://www.german-law-journal.com), 1/2015, 213 ss.; L.S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull’adesione dell’UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, al sito telematico [S.I.D.I.](http://www.sidi.it); V. ZAGREBELSKY, *L’UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, *ibidem* (nonché in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2015); B. CONFORTI, *L’adhésion de l’Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, *ibidem*; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell’Unione*

occorre tenere a mente che, in linea di principio, sarebbe invece allo stato attuale ammissibile un rinvio al giudice eurounitario ai fini dell'interpretazione dei "principi generali" ricavati dalla Convenzione (e dalle tradizionali costituzionali comuni) ai sensi dell'art. 6, par. 3 del TUE<sup>70</sup>. È evidente, tuttavia, che a seguito dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali tale possibilità risulta di molto minor interesse rispetto al passato.

(E3) Pur dopo la "svolta accentratrice" determinata dalla [sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017](#), continua invece ad essere uno strumento preziosissimo, nell'ambito dei giudizi "comuni", il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia vuoi a fini di interpretazione di norme della Carta (o di altre norme di diritto eurounitario espressive o comunque funzionali alla tutela di diritti e principi fondamentali) in vista della valutazione di compatibilità con esse della disciplina interna (teoricamente) applicabile nel giudizio, vuoi direttamente a fini di espressa valutazione della conformità alla Carta (o ad altre norme europee primarie) di una norma di diritto eurounitario derivato.

Si è già ricordato come i termini ed i tempi entro cui tale rodato meccanismo avrebbe potuto continuare ad operare dopo la citata sentenza non fossero ben chiari alla luce di essa; e come anzi, ad avviso di molti commentatori, la soluzione accolta dalla Corte sarebbe stata una soluzione molto restrittiva, secondo cui l'ambiguo inciso "fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione" avrebbe dovuto

---

*Europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 1/2015, 129-157; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e crisi del processo di adesione dell'UE alla CEDU: due facce della stessa medaglia?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 8 gennaio 2015.

<sup>70</sup> Come è noto, nell'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea come modificato ad opera del Trattato di Lisbona, oltre a riconoscersi al paragrafo 1 "i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati" e a prevedersi al paragrafo 2, come si è ricordato, l'adesione dell'Unione alla CEDU, si è mantenuta (apportando anzi un significativo ritocco: v. poco oltre), nell'attuale paragrafo 3, la risalente previsione – con la quale il Trattato di Maastricht aveva in qualche modo "ratificato" l'importante e per certi versi "rivoluzionaria" elaborazione giurisprudenziale sviluppata dalla Corte di Giustizia nei decenni precedenti – secondo cui "[i] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

Sulla riformulazione dell'art. 6 del TUE per effetto del Trattato di Lisbona e su una serie di questioni connesse cfr., volendo, O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2008, 101-124, ove tra l'altro si evidenzia come mentre nel precedente testo dell'art. 6 al par. 2 si affermasse semplicemente che l'Unione "rispetta" i diritti garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, nella versione riformulata (quella appunto contenuta nell'attuale paragrafo 3) si sia voluto affermare che tali diritti "fanno parte del diritto dell'Unione" (sempre "in quanto principi generali", peraltro).

Come si era a suo tempo ricordato, il mantenimento di una simile previsione pur a fronte del riconoscimento di pieno valore giuridico alla Carta di Nizza era stato oggetto di alcune perplessità e obiezioni in seno al Gruppo di lavoro che, nell'ambito della seconda Convenzione (la c.d. "Convenzione Giscard"), si era occupato della questione in vista della redazione del progetto, poi naufragato, di Costituzione europea: nel documento conclusivo prodotto da tale gruppo di lavoro (Relazione finale del Gruppo II, CONV 354/02, 9) si affermava infatti che "un riferimento del genere sarebbe superfluo e creerebbe confusione giuridica, dato che la Carta prevede già dei diritti derivanti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni e fa riferimento a tali fonti". D'altra parte, come pure si era considerato all'epoca, "[u]na simile obiezione, posta in questi termini, sembra [...] contenere già in sé un elemento di debolezza, in relazione appunto al fatto che la Carta prevede (solo) *alcuni* dei diritti presenti nella CEDU e nelle tradizioni costituzionali comuni. La disposizione, dunque, può essere vista come una sorta di norma di chiusura che, come altri membri del Gruppo II avevano osservato, 'potrebbe servire', da un lato, 'a rendere più *completa* la tutela offerta dalla Carta [*rectius*: dai trattati]' e dall'altro anche 'a chiarire che il diritto dell'Unione è aperto a *futuri sviluppi* della CEDU e delle legislazioni nazionali in materia di diritti dell'uomo'" (O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, cit., 119).

Per alcune più ampie considerazioni sulla genesi, sul valore e sul ruolo (anche in "combinato disposto" con altre disposizioni dei Trattati) della disposizione di cui all'attuale paragrafo 3 dell'art. 6 TUE e per una ricostruzione della precedente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo ci si permette di rinviare a V. SCIARABBA, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa*, cit., spec. 83 ss. e 96 ss.



essere letto nel senso che tale ricorso avrebbe potuto essere effettuato (a) *dalla stessa Corte costituzionale*, nell'ambito del giudizio instaurato innanzi ad essa a ai fini della miglior conclusione del medesimo; (b) *dal giudice comune*, “*al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi*”; (c) *dal giudice comune, parallelamente* al giudizio di costituzionalità, ammesso di ritenere accettabile in astratto e giustificata in concreto tale soluzione; *non*, invece, dal giudice comune *prima del, e in alternativa al*, giudizio di costituzionalità (giudizio la cui imprescindibilità, nelle situazione considerate, sembrava in effetti affermata in termini apparentemente chiari e almeno per il momento “assoluti” dalla Corte).

Ebbene, le sentenze costituzionali [n. 20](#) e [n. 63 del 2019](#) sono tornate sulla questione dei residui poteri del giudice comune di rivolgersi alla Corte di giustizia e di procedere alla disapplicazione della normativa interna in contrasto con la Carta: e, come si è anticipato, esse sembrerebbero aver risolto tale (duplice) questione in senso molto più aperto e conciliante rispetto alla [sentenza n. 269](#) (o, almeno, rispetto ad una sua diffusa seppur controversa lettura).

In particolare la Corte, nella [sentenza n. 63/2019](#), dopo aver ricordato che ad essa “non può ritenersi precluso l’esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti”, ha ribadito che resta “fermo [...] il potere del giudice comune di *procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale* alla Corte di giustizia UE, *anche* dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di *non applicare*, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta”<sup>71</sup>.

E già nella sentenza n. [20/2019](#), appena dopo il passaggio in cui la Corte affermava che “[l]a ‘prima parola’ che [essa], per volontà esplicita del giudice a quo, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è [...] più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco”, poteva leggersi la seguente, importante precisazione: “Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell’Unione europea, sulla medesima disciplina, *qualsiasi* questione pregiudiziale *a loro avviso necessaria*. In generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, *per definizione, esclude ogni preclusione*”.

Laddove invece, come si è ricordato, la [sentenza n. 269](#) – oltre a suscitare in molti commentatori dubbi (o addirittura certezze negative) circa la possibilità di rivolgersi alla Corte di giustizia *prima, contestualmente o in pendenza* del giudizio di costituzionalità – sembrava limitare la stessa possibilità di (interpellare il giudice europeo e/o di) procedere alla disapplicazione di una disposizione legislativa sottoposta (doverosamente, per le ragioni anzidette) al vaglio del giudice delle leggi alla sola ipotesi in cui tale disposizione, superato indenne il controllo “interno” di costituzionalità, fosse comunque ritenuta, al termine del giudizio innanzi alla Consulta, “contraria al diritto dell’Unione”... “*per altri profili*”.

Alla luce dei recenti, importanti chiarimenti qui richiamati, dunque, sembra potersi ribadire l’importanza, anche nel quadro attuale, della (perdurante) possibilità di sollevare (dal punto di vista dell’avvocato: di chiedere al giudice di rivolgere) questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, nei casi in cui questa, tutto considerato, appaia la strada più corretta e proficua ai fini della miglior tutela e attuazione dei diritti e principi fondamentali rilevanti nell’ambito del giudizio.

---

<sup>71</sup> ...e in effetti, come è stato osservato, “il riferimento al potere del giudice comune di procedere al rinvio alla Corte di Giustizia (e alla successiva eventuale disapplicazione della norma interna) ‘anche dopo’ il giudizio incidentale di legittimità costituzionale [...] presuppone [o almeno sembra presupporre, secondo la lettura più immediata e lineare] che tale strada sia percorribile *anche prima* di tale giudizio (e quindi indipendentemente da esso)” (così M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 aprile 2019, corsivi originali); alla stessa conclusione era giunto, *de plano*, anche A. RUGGERI, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l’oscillazione del pendolo*, in questa [Rivista](#), [Studi 2019/I](#), 169-170.

## 11. (F) *La richiesta di parere consultivo*

(F2) Un ulteriore strumento utilizzabile ai fini della miglior tutela dei diritti previsti dalla CEDU nell'ambito dei giudizi interni è (o meglio, quanto all'Italia, potrà essere) rappresentato dalla richiesta di parere consultivo alla Corte di Strasburgo ai sensi del protocollo n. 16, entrato in vigore a livello internazionale<sup>72</sup> il 1° agosto 2018.

Tale protocollo introduce un meccanismo, del tutto inedito nel sistema della CEDU<sup>73</sup> (e solo in certa misura ispirato al meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione), secondo il quale le più alte giurisdizioni degli Stati membri potranno presentare, diciamo in via "incidentale", comunque "nell'ambito delle cause pendenti dinanzi ad esse"<sup>74</sup>, delle richieste di pareri consultivi alla Corte europea su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti previsti nella CEDU e nei suoi protocolli addizionali, motivando tale richiesta nonché (e il dato pare indicativo pensando ad esempio al rapporto tra giudici comuni e Corte costituzionale) producendo tutti gli elementi pertinenti relativi al contesto giuridico e fattuale della causa pendente.

Il tutto allo scopo dichiarato di permettere alla Corte di Strasburgo "di interagire maggiormente con le autorità nazionali, di modo tale da consolidare l'attuazione della Convenzione secondo il principio di sussidiarietà": principio secondo cui, per usare le parole destinate ad essere inserite nel

---

<sup>72</sup> Ma non ancora, come si accennava, per l'Italia, almeno nel momento in cui si scrive.

I dieci Paesi che per primi hanno depositato gli strumenti di ratifica, consentendo al protocollo di entrare in vigore per essi, sono invece: Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina. A questi si sono aggiunti, nei primi mesi del 2019, Paesi Bassi e Grecia.

<sup>73</sup> Può ricordarsi come l'opportunità di una "pregiudiziale umanitaria" (per riprendere un'espressione utilizzata tempo addietro da Mario Chiavario), ossia di una sorta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Strasburgo a fini interpretativi della Convenzione (e, per certi versi, della propria precedente giurisprudenza), fosse stata segnalata in dottrina da tempo.

Anche chi scrive nel 2008 aveva avuto modo di notare come "[s]i tratt[erebbe] di uno strumento [...] che tanto più avrebbe senso quanto più si dovesse fare strada negli ordinamenti interni, alla stregua di quanto avvenuto in Italia, un vincolo di adeguamento alla giurisprudenza della Corte europea, con conseguente esigenza di chiarire, al di là delle apparenze, quali siano le effettive acquisizioni di merito e l'effettiva "portata" vincolante di tale giurisprudenza, la cui 'coerenza' ed 'unitarietà' [...] appare almeno in prima battuta ostacolata, oltre che dalla struttura e dal funzionamento interno della Corte da una parte e dalla grande diversità dei contesti nazionali sullo sfondo delle decisioni dall'altra (specie in relazione alla dottrina del margine di apprezzamento), dalla stessa varietà dei casi e, per così dire, dei 'punti di vista' di volta in volta adottati per contingenti ragioni processuali" (cfr. V. SCJARABBA, *Tra Fonti e Corti*, cit., 362-363).

Quanto alle radici "ufficiali" della proposta, si può invece ricordare che, in ambiente istituzionale, l'idea di introdurre nel sistema della CEDU (non un vero e proprio rinvio pregiudiziale sul modello comunitario, ma comunque) "a system under which the national courts could apply to the Court for advisory opinions on legal questions relating to interpretation of the Convention and the protocols thereto" era stata avanzata nel "Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers" presentato il 15 novembre 2006 e reperibile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (dove è pure pubblicata la "Opinion of the Court on the Wise Persons' Report" adottata dalla Corte in assemblea plenaria il 2 Aprile 2007).

<sup>74</sup> Su questo specifico aspetto, e non solo, v. le riflessioni svolte da O. POLLICINO in *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2 aprile 2014, nonché in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014 e – insieme a una serie di altri importanti contributi – in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015.

Sul protocollo 16 v. inoltre, tra gli altri, R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in [Rivista AIC](#), 3/2014, spec. 32 ss.; A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot. 16)*, in [Rivista AIC](#), 3/2014; ID., *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in questa [Rivista](#), [Studi 2015/1](#), spec. 61-65; G. SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 8 luglio 2014; R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in questa [Rivista](#), [Studi 2014](#) (18.05.14) e in [Europeanrights.eu](#), 2014.

Preambolo della CEDU per effetto del protocollo 15<sup>75</sup>, “spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti” – e quindi, in larga parte, alle relative magistrature – “garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella [...] Convenzione e nei suoi protocolli”.

Anche a questo proposito, sembra evidente in prospettiva l'importanza indiretta del ruolo propositivo degli avvocati, dalla cui iniziativa si può presumere che dipenderà, almeno in moltissimi casi, l'utilizzo del nuovo strumento.

## 12. (G) *Il ricorso diretto*

(G2) In aggiunta a tutti i rimedi, strumenti, metodi e meccanismi finora richiamati non si può ovviamente non richiamare, in conclusione, la possibilità – in linea teorica puramente residuale – di ricorso diretto alla Corte di Strasburgo.

È noto come uno dei presupposti perché il ricorso sia ammissibile è rappresentato dal previo esaurimento dei rimedi interni. Solo in casi particolari (e per ragioni molto significative: v. subito oltre) la Corte europea ha ritenuto di poter derogare a questa regola, ammettendo ricorsi che, secondo una rigida applicazione di essa, avrebbero dovuto essere bloccati. In questo senso, interessante appare soprattutto quella giurisprudenza della Corte EDU che, in termini sostanzialmente sanzionatori<sup>76</sup>, afferma la possibilità di rivolgersi direttamente ad essa – in deroga alla regola suddetta – qualora sia emerso un costante discostamento dai suoi orientamenti interpretativi ad opera degli organi (anche) giudiziari nazionali, i quali, proprio per tale ragione, potranno legittimamente essere “scavalcati”<sup>77</sup>.

Si è poi posta la questione se, a seguito della “svolta” determinata dalle sentenze gemelle del 2007, si possa o meno considerare rispettato il presupposto del previo esaurimento dei rimedi interni nel caso in cui la parte non abbia mai promosso (meglio, non abbia chiesto al giudice comune di promuovere) l'incidente di costituzionalità (vuoi in particolare per violazione dell'art. 117 primo comma in relazione alla CEDU, vuoi almeno per violazione di altra disposizione costituzionale “sostanziale” in qualche modo sovrapponibile alla corrispondente disposizione della CEDU).

Di particolare interesse, a questo proposito, sembrano la sentenza della Corte europea [\*Costa e Pavan c. Italia del 28 agosto 2012, ric. n. 54270/10\*](#) e, soprattutto, quella (della Grande Camera) del [\*27 agosto 2015, ric. n. 46470/11, Parrillo c. Italia\*](#).

In quest'ultima sentenza il giudice europeo, affrontando la questione della possibilità di considerare lo svolgimento (o meglio il tentativo di svolgimento) del giudizio di costituzionalità in via incidentale come necessario ai fini dell'esaurimento dei rimedi interni e quindi dell'ammissibilità del ricorso a Strasburgo, ha sì ribadito ancora una volta ciò che aveva più volte affermato in passato, e cioè che “nell'ordinamento giuridico italiano i litiganti non hanno il diritto di rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale. Soltanto il giudice che determina il merito della causa ha la possibilità di rivolgersi alla Corte costituzionale, su richiesta di una parte o d'ufficio. Conseguentemente tale ricorso non può essere un rimedio di cui è richiesto l'esaurimento ai sensi della Convenzione”; ma ha incontrato su questo punto le perplessità di cinque giudici, i quali in un'opinione concorrente “hanno rilevato che – dopo le sentenze ‘gemelle’ del 2007 che impongono al giudice ordinario, nella impossibilità di una interpretazione conforme, di rimettere la questione di costituzionalità alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. – essi sarebbero stati favorevoli a ritenere che in Italia si sarebbe realizzato un vero e proprio diritto delle parti ad ottenere il controllo di costituzionalità di una legge non in linea con la giurisprudenza di Strasburgo” (cosa che, in

---

<sup>75</sup> Non ancora entrato in vigore, essendo in questo caso necessario il deposito delle ratifiche da parte di tutti gli Stati membri (al momento in cui si scrive mancano due sole ratifiche, tra cui quella italiana).

<sup>76</sup> Cfr. A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2006, 491 ss., spec. 497.

<sup>77</sup> Cfr. A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo. Profili processuali*, Milano, 2005, 80.

quest'ordine di idee, porterebbe a riconoscere un "onere" di attivarsi per ottenere tale controllo: a pena, appunto, di inammissibilità dell'eventuale successivo ricorso alla Corte europea)<sup>78</sup>.

Allo stato attuale, ad ogni modo, la posizione della Corte EDU sembra ancora quella "tradizionale" e, per così dire, più largheggiante e permissiva: il che ovviamente non toglie che, come già si accennava, per qualsiasi avvocato sarebbe comunque sempre opportuno, ed in linea teorica dovrebbe risultare possibile, scongiurare la necessità del ricorso a Strasburgo facendo valere nelle sedi interne – con tutti gli strumenti a disposizione, inclusa l'eccezione di incostituzionalità – le garanzie previste (anche) dalla Convenzione e dalla copiosa giurisprudenza europea che, in qualche modo, fa corpo con essa.

### 13. Considerazioni finali

In conclusione, sembra di poter dire che, tanto sul piano delle fonti normative e giurisprudenziali cui attingere, quanto sul piano degli strumenti processuali a disposizione, il complessivo sistema offre oggi agli avvocati che intendano prendere sul serio il proprio ruolo di "difensori" (anzitutto) dei diritti fondamentali dei propri assistiti una pletora di opportunità in larga parte sconosciute fino a pochi o pochissimi anni addietro (e ciò vale specialmente in riferimento al rilievo, ormai centrale, delle fonti e delle giurisdizioni sovranazionali ed internazionali, con le esaminate ricadute sui poteri e sui doveri degli attori giurisdizionali interni, tra i quali in posizione cruciale – anche per il suo ruolo in più sensi "di confine" – la Corte costituzionale).

Lo schema che in queste pagine si è voluto proporre e sommariamente illustrare vorrebbe essere, se non altro, un "punto di partenza", un modo per aumentare la consapevolezza di tutto ciò e per stimolare approfondimenti ulteriori sui molti aspetti che qui si sono appena potuti accennare o addirittura si sono dovuti trascurare.

A chiusura del tutto, sembra utile richiamare un breve stralcio di una recente sentenza della Corte di cassazione (Cassazione Sez. Un. Civili, 12 Febbraio 2019, n. 4135), che si sofferma sul ruolo dell'avvocato difensore in termini che appaiono molto efficaci e particolarmente calzanti ai nostri fini: l'avvocato – afferma il giudice di legittimità – "non è un mero consulente legale con il compito di pronosticare l'esito della lite e di informarne il cliente, né è un giudice cui spetta la decisione; egli ha l'obbligo di proporre soluzioni favorevoli agli interessi del cliente, anche nelle situazioni che richiedono la soluzione di *problemi interpretativi complessi*, di attivarsi concretamente nel giudizio *con gli strumenti offerti dal diritto processuale*, indicando *strade interpretative nuove*, portando argomenti che facciano *dubitare delle soluzioni giurisprudenziali correnti* e anche *della giustizia della legge*, sollevando *eccezioni di incostituzionalità* e di *contrarietà con il diritto sovranazionale*, ecc." (corsivi aggiunti). E, a supporto di tale suggestiva, puntuale e stimolante ricostruzione, la Cassazione sottolinea come sia "significativo che l'art. 360-bis c.p.c., n. 1, nel prevedere l'inammissibilità del ricorso per cassazione che ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza di legittimità, imponga alla Corte di cassazione di valutare se 'l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa', confermandosi in tal modo il ruolo attivo e propositivo dell'avvocato per la più efficace tutela degli interessi del cliente nel processo".

---

<sup>78</sup> Così l'efficace sintesi di R. ROMBOLI, [La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano](#), cit., 629, ove d'altra parte si segnala anche come la nuova "svolta" contenuta nella [sentenza n. 49 del 2015](#), sulla quale ci si è brevemente soffermati in precedenza, abbia "però di nuovo allontanato tale conclusione, a causa della relativizzazione della efficacia vincolante delle pronunce della Corte Edu": v., al riguardo, le affermazioni rinvenibili nei punti 8 e seguenti della citata opinione concorrente dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov, e le acute osservazioni svolte su tale aspetto da G. SORRENTI, [Questione di legittimità costituzionale e previo esaurimento dei rimedi interni dopo la sent. n. 49/2015 \(in margine a Corte Edu, 27 ago. 2015, caso Parrillo\)](#), in questa [Rivista](#), Studi 2015/III, 818.

“Interessi” tra i quali – ci si può limitare ad aggiungere – i *diritti fondamentali* (di qualsiasi matrice: *costituzionale, eurounitaria, convenzionale* o in genere *internazionale*) hanno ovviamente un’importanza speciale, meritando quindi un’attenzione e, per così dire, uno sforzo di protezione e uno “spirito di iniziativa” ancor maggiore di ogni altro diritto, a prescindere dal valore economico della causa e da qualsiasi altro elemento oggettivo e soggettivo ad essa inerente.

**Antonio Ruggeri****Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di [Corte cost. n. 117 del 2019](#))**

SOMMARIO: 1. Una [decisione](#), quella ora in commento, che si dispone lungo la scia già tracciata da [Corte cost. nn. 20 e 63 del 2019](#), in parte perciò discostandosi dalla [sent. n. 269 del 2017](#). – 2. Sempre più problematico tenere distinto lo strumento dell’ordinanza da quello della sentenza (in ispecie, le oscillazioni riscontrabili nella struttura della prima, rese evidenti dal raffronto tra l’ordinanza di rinvio pregiudiziale su *Taricco* e quella odierna). – 3. I motivi, tutti positivi, d’interesse della [pronuncia in commento](#). – 3.1. Il fatto in sé dell’utilizzo dell’arma del rinvio pregiudiziale da parte della Consulta. – 3.2. La mutua integrazione delle Carte nella interpretazione, in vista dell’ottimale appagamento da esse su basi di parità offerto ai diritti, tuttavia contraddetta dall’idea secondo cui alla Costituzione sarebbe in ogni caso da riconoscere un “predominio assiologico” sulle altre Carte. – 3.3. Il carattere sostanzialmente “punitivo” di alcune sanzioni valevoli per i procedimenti amministrativi, come tale non distinguibile da quello proprio delle sanzioni *stricto sensu* penali. – 3.4. Il riconoscimento del potere-dovere dei giudici comuni di fare applicazione diretta della Carta di Nizza-Strasburgo in vece di quella di leggi nazionali con la prima contrastanti. – 4. Una nota malinconica finale: quanto tempo s’è perso prima di fare applicazione diretta della Carta dell’Unione? E ancora: come non dare la precedenza alla pregiudizialità eurounitaria laddove il giudice sia dubbioso circa il reale significato del parametro sovranazionale? E infine: come giustificare il ricorso alla Consulta, per il caso che nello stesso atto con cui la questione di costituzionalità è posta si riconosca che la norma sovranazionale violata abbia carattere *self executing*?

1. Una [decisione](#), quella ora in commento, che si dispone lungo la scia già tracciata da [Corte cost. nn. 20 e 63 del 2019](#), in parte perciò discostandosi dalla [sent. n. 269 del 2017](#)

Continua, con la [decisione](#) qui fatta oggetto di un rapido commento a prima lettura, il graduale ma significativo ravvicinamento della Consulta alle postazioni da tempo raggiunte sia dalla Corte dell’Unione che dai giudici comuni (in ispecie, dal giudice della legittimità) da cui la Consulta stessa si era invece risolutamente allontanata con la [269 del 2017](#)<sup>1</sup>. In ciò, la pronuncia di oggi idealmente si raccorda – almeno in parte o, come si vedrà, per un certo verso – a quelle di quest’anno, [nn. 20 e 63](#), che già avevano avviato l’operazione oggi ulteriormente perfezionata.

Certo, sarebbe ingenuo ed illusorio pensare ad un autentico *revirement* rispetto alla manovra di “riaccentramento” del sindacato posta in essere nel 2017, peraltro ulteriormente, vigorosamente spinta in avanti dalla [20](#)<sup>2</sup>, con specifico riguardo alla rivendica avanzata dal giudice delle leggi del titolo a conoscere altresì delle violazioni di norme eurounitarie pur esterne alla Carta di Nizza-Strasburgo ma a queste strettamente connesse. Per quest’aspetto, la Corte rimane, dunque, oggi (e, con ogni probabilità, rimarrà anche un domani) fedele a se stessa, considerando – a quanto pare – ormai

---

<sup>1</sup> Mi riferisco, ovviamente, al potere-dovere di applicazione diretta di norme dell’Unione *self executing*, disattese da norme interne, potere che ha subito una forte contrazione ad opera della decisione ora richiamata, quindi seguita dalla [sent. n. 20](#) di quest’anno. Vistosamente devianti dal modello ricostruttivo di cui ha inteso farsi interprete e garante la Consulta sono tanto l’orientamento consolidato della Corte dell’Unione quanto quello della Cassazione [v., in ispecie, Corte giust., Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global Starnet*; Grande Sez., 24 ottobre 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*, e 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*; altri riferimenti in C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in AA.VV., *Il “dialogo tra le corti” parla anche di processo penale. Implicazioni e ricadute della vicenda “Taricco” sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale*, in [Legisl. pen.](#), 4 febbraio 2019, spec. l’ult. par. Tra le decisioni del nostro giudice della legittimità, segnalo qui part. Cass., sez. lav., 10 gennaio 2019, *Canestri c. ICCREA Banca*, ric. 2553-2014, pp. 47-48; della stessa Cass., sez. lav., v., già, nn. 12108 e 13678 del 2018].

<sup>2</sup> Questa [decisione](#) – come si è tentato di mostrare nel mio [La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro \(a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019\)](#), in [Consulta OnLine, Studi 2019/I](#), 113 ss. – presenta una doppia “anima”: per un verso, come qui pure si rammenta, spinge risolutamente in avanti il processo di “riaccentramento” del sindacato avviato dalla [269](#), estendendolo anche oltre il caso in cui sia denunciata la violazione di un disposto della Carta dei diritti dell’Unione; per un altro, però, diversamente da quest’ultima pronuncia, dà modo ai giudici comuni di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte dell’Unione non soltanto laddove siano prospettati profili diversi da quelli fatti valere nell’atto di proposizione della questione di costituzionalità prospettata in un tempo anteriore a quello dell’esercizio del rinvio pregiudiziale.

acquisita la legittimità ad essere investita di questioni – come dire? – *assiologicamente pregnanti*, in quanto a un tempo coinvolgenti norme della Costituzione e norme sovranazionali comunque riguardanti i diritti fondamentali. La [20](#) e, soprattutto, la [63](#), tuttavia, come si è fatto notare in altri luoghi, hanno messo in chiaro (e la decisione di oggi ulteriormente conferma) che i giudici comuni possono avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale *in ogni tempo* e, diversamente da ciò che era stato paventato nella [269](#), *senza limitazioni di “profili”*; ed è evidente che, in caso di precedenza accordata – specie se aperta a tutto campo<sup>3</sup> – alla pregiudizialità eurounitaria rispetto a quella costituzionale, potrebbe all’esito della prima assistersi all’applicazione diretta di norma sovranazionale al posto di norma interna con la prima contrastante.

Ad ogni buon conto, la risposta al preoccupato quesito posto, con acuti e penetranti argomenti, da Cass., II sez. civ., n. 3831, con riferimento ai “profili” suscettibili di esser fatti valere nelle domande pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia a seguito di proposizione di questione di costituzionalità<sup>4</sup>, la Consulta, in realtà, l’aveva – come si diceva – già data con le sentt. nn. [20](#) e [63](#) di quest’anno, delle quali quella di oggi pertanto si limita a dare conferma<sup>5</sup>.

Dove sta allora il motivo d’interesse della [ordinanza in commento](#)?

Ve ne sono più d’uno e meritano tutti di essere messi in evidenza; ciò che ora farò, limitandomi ad elencarli con il corredo di succinte notazioni a contorno e senza, ad ogni buon conto, entrare nel merito della vicenda<sup>6</sup>.

*2. Sempre più problematico tenere distinto lo strumento dell’ordinanza da quello della sentenza (in specie, le oscillazioni riscontrabili nella struttura della prima, rese evidenti dal raffronto tra l’ordinanza di rinvio pregiudiziale su Taricco e quella odierna)*

Avverto subito di non soffermarmi in questa sede su taluni aspetti di tecnica processuale, pure meritevoli di considerazione ma che ai ristretti fini di questo commento non rivestono particolare rilievo: tra di essi, segnalo solo l’uso alquanto libero e – ad esser franchi – disinvolto che si va sempre di più facendo della struttura delle ordinanze, in seno alla quale ormai di frequente si mescolano argomenti di stretta natura processuale con altri di merito, anticipandosi dunque l’esito di future pronunzie specificamente riguardanti quest’ultimo<sup>7</sup>. Oscillante è, poi, la conformazione data alla struttura stessa pure per uno stesso tipo di decisione: ad es., nella ordinanza di rinvio pregiudiziale su *Taricco*, la [n. 24 del 2017](#), *ritenuto in fatto e considerato in diritto* facevano tutt’uno, mentre nella

---

<sup>3</sup> Per quest’aspetto (e, a mia opinione, solo per esso), alle pronunzie di quest’anno sopra richiamate della Consulta, specie alla seconda, va di sicuro riconosciuto il merito di aver temperato la rigidità insita nell’impianto della [269](#). Dico “solo per esso”, a motivo del fatto che, diversamente dalla comune opinione, a parer mio la Corte non avrebbe innovato rispetto alla [269](#) per ciò che attiene all’ordine temporale di svolgimento delle due pregiudizialità concorrenti. Come si è in altri luoghi fatto notare, quest’ultima pronunzia non ha, infatti, a mio modo di vedere, ribaltato l’ordine in parola rispetto al tempo in cui seccamente la Consulta sollecitava il giudice comune a dare la precedenza allo strumento del rinvio pregiudiziale.

<sup>4</sup> Occorre essere più precisi: nella [269](#) non si è prefigurato il caso della mera presentazione della questione di costituzionalità ma – di più – s’immaginava che la Corte si fosse già pronunciata sulla stessa prima che il giudice si determinasse ad avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale. È evidente, infatti, che l’obiettivo avuto di mira dalla decisione in parola, per essere centrato, avrebbe richiesto l’attesa del verdetto della Consulta, il quale peraltro, qualora fosse stato (o fosse) di accoglimento, renderebbe inutile (ed anzi impossibile) la domanda alla Corte dell’Unione per l’ormai uscita di scena della norma interna sospetta di aver violato il diritto eurounitario.

<sup>5</sup> Alla decisione di oggi va poi aggiunta la [sent. n. 112](#) di quest’anno, essa pure a firma dello stesso redattore della pronunzia qui annotata e depositata nello stesso giorno di questa.

<sup>6</sup> ... riguardante la responsabilità di un soggetto che si era rifiutato di rispondere a domande nel corso di un’audizione disposta dalla CONSOB nell’esercizio della sua attività di vigilanza.

<sup>7</sup> Così, ancora da ultimo, si è fatto, ad es., nelle [ordd. nn. 207 del 2018](#) (in relazione alla nota vicenda *Cappato*) e [17](#) di quest’anno, con riguardo al conflitto di attribuzioni sollevato contro la legge di bilancio approvata nel dicembre scorso. Un’anticipazione, quella di cui alla prima delle pronunzie ora richiamate, che potrebbe esser causa di problemi di non lievi entità per il caso che poi il verdetto finale, che sarà reso – a quanto promesso... – nel settembre di quest’anno non dovesse risultare in linea con le indicazioni date nella ord. suddetta (su ciò, come si sa, il confronto tra gli studiosi, tuttora in corso, è assai animato).

ordinanza di oggi sono tenuti distinti; e non si capisce perché.

### 3. I motivi, tutti positivi, d'interesse della [pronunzia in commento](#)

E vengo, dunque, a dire dei motivi d'interesse sopra accennati, tutti a mia opinione di segno positivo, ferma restando una generale riserva negativa, altrove argomentata, nei riguardi dell'indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla [269](#), seppur solo in parte – come si diceva – quindi temperato dalle decisioni di quest'anno.

#### 3.1. *Il fatto in sé dell'utilizzo dell'arma del rinvio pregiudiziale da parte della Consulta*

Il primo elemento è dato dal fatto stesso del ricorso, oggi nuovamente fatto dalla Corte delle leggi, allo strumento del rinvio pregiudiziale, orientato in prima battuta sul fronte della interpretazione ed eventualmente, in seconda, su quello del sindacato di validità nei riguardi della normativa sovranazionale sospetta di entrare in rotta di collisione con la Carta dell'Unione. Non è da pensare – sia chiaro – che la Consulta d'ora innanzi farà ad ogni piè sospinto ricorso allo strumento in parola, del quale comunque non potrebbe aversi l'utilizzo che invece può aversi per mano dei giudici comuni, già per il fatto che questi ultimi sono diffusi e presenti in gran numero nell'intero territorio della Repubblica. Né è da trascurare la circostanza per cui la Consulta stessa non si avvarrà verosimilmente di tale strumento laddove dovesse temere di ricevere una risposta sgradita dalla Corte dell'Unione, ciò che la potrebbe mettere nella imbarazzante situazione di chinare il capo e darvi seguito ovvero di attivare l'arma dei “controlimiti”. Non a caso, dunque, qui lo strumento è stato attivato unicamente perché l'antecedente giurisprudenza sovranazionale che potrebbe astrattamente essere adottata a conferma della lettura disapprovata dalla Consulta è molto risalente<sup>8</sup>, mentre non si dà alcun precedente specificamente riguardante il caso odierno e frontalmente avverso alla linea interpretativa patrocinata dalla Consulta (a differenza, per quest'aspetto, di ciò che si aveva in *Taricco*).

#### 3.2. *La mutua integrazione delle Carte nella interpretazione, in vista dell'ottimale appagamento da esse su basi di parità offerto ai diritti, tuttavia contraddetta dall'idea secondo cui alla Costituzione sarebbe in ogni caso da riconoscere un “predominio assiologico” sulle altre Carte*

Una linea interpretativa – ed è questa la seconda nota positiva – che il giudice costituzionale traccia con consumata capacità argomentativa orientando l'interpretazione della disciplina sovranazionale (nella specie, la direttiva 2003/6/CE e il regolamento 596/2014) verso la Carta di Nizza-Strasburgo (segnatamente, agli artt. 47 e 48) e quest'ultima, a sua volta, verso le tradizioni costituzionali comuni per un verso, la CEDU per un altro<sup>9</sup>.

La manovra è abilmente posta in essere e perfettamente riuscita. In un sol colpo, la Consulta riesce a comporre in “sistema”, *integrando reciprocamente nella interpretazione*, secondo la efficace affermazione metodico-teorica che è in [Corte cost. n. 388 del 1999](#), la Costituzione, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, la Carta dell'Unione (che – si tiene qui a precisare, con richiamo alla [269](#)<sup>10</sup> – reciprocamente si “intersecano in larga misura” a vicenda), le tradizioni costituzionali comuni

---

<sup>8</sup> ... a un tempo – tiene a precisare la [decisione in commento](#) (punto 9.2 del *cons. in dir.*) – anteriore all'adozione della Carta di Nizza-Strasburgo; inoltre, trattasi di giurisprudenza specificamente riguardante persone giuridiche e non fisiche.

<sup>9</sup> Nella pronunzia in esame con linguaggio studiatamente cauto e paludato si rileva (punto 9.2, cit.) che la giurisprudenza eurolunitaria richiamata “non appare a questa Corte *compiutamente in linea* con la poc'anzi analizzata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”; in realtà, come è con dovizia di argomenti ed esemplare chiarezza espositiva dimostrato, il contrasto dell'uno rispetto all'altro orientamento giurisprudenziale è stridente.

<sup>10</sup> Punto 2 del *cons. in dir.*



(alla cui composizione la stessa Costituzione concorre<sup>11</sup>), la CEDU: materiali costituzionali, tutti, idonei a darsi mutuo alimento e sostegno, convergendo nella salvaguardia dei diritti fondamentali della persona (qui, del c.d. “diritto al silenzio” nelle sue applicazioni a taluni procedimenti amministrativi).

L’obiettivo dichiarato<sup>12</sup> è quello del raggiungimento della massima salvaguardia dei diritti “a livello sistemico”, secondo quanto la stessa giurisprudenza ha ripetutamente mostrato di avere a cuore<sup>13</sup>.

Non torno ad indugiare qui su quest’autentico “metaprinzipio”, di cruciale rilievo sia per la teoria costituzionale che (e soprattutto) per la pratica giuridica, del quale ho avuto modo di discorrere più volte<sup>14</sup>. Mi limito solo a rilevare la stranezza che – a stare alla lettera dell’art. 53 della Carta dell’Unione – si avrebbe a seguire per filo e per segno l’itinerario in tale enunciato tracciato. L’interprete dovrebbe infatti far luogo a plurime (e – a prima vista – separate) interpretazioni: una prima volta, rileggere i disposti della Carta in parola alla luce, rispettivamente, della CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni; una seconda volta, poi, tornare indietro e rileggerli nel chiuso della Carta stessa, al fine di verificare dove si situi la tutela più avanzata per i diritti evocati in campo dal caso; ovviamente, dovrebbe poi far luogo (o, meglio, dovrebbe nel frattempo aver già fatto luogo) ad interpretazione separata tanto della CEDU quanto delle Costituzioni nazionali (con riferimento a queste ultime, allo scopo di verificare il modo con cui vengono a formazione le tradizioni suddette).

Il vero è che, proprio per il fatto che tutte le Carte dei diritti sono da se medesime naturalmente sollecitate a darsi mutuo alimento ed a concorrere incessantemente alla loro rigenerazione semantica, nell’intento di fissare il più in alto possibile il punto di sintesi al servizio dei diritti, la loro lettura non può che aversi, congiuntamente e simultaneamente, in un unico processo interpretativo, in modo dunque – si è detto in altri luoghi – *circolarmente conforme*. Ove così non fosse, verrebbe senza rimedio contraddetto il carattere, a tutte comune, di documenti “tipicamente costituzionali”<sup>15</sup>. Tutti essendo appunto “costituzionali” *in senso materiale*, tutti non possono che concorrere su basi di parità ad

---

<sup>11</sup> Sappiamo che le tradizioni in parola, in realtà, sono frutto di accurate selezioni poste in essere dalla Corte dell’Unione in seno ai materiali normativi e giurisprudenziali attinti dai serbatoi nazionali; la nostra Corte tuttavia mai prenderà in considerazione – e *Taricco docet* – l’ipotesi che un nostro principio fondamentale possa restare escluso dall’opera di elaborazione delle tradizioni stesse.

<sup>12</sup> ... specificamente, al punto 2, cit., ma emergente dall’intera, articolata trama del tessuto argomentativo.

<sup>13</sup> Nella decisione odierna c’è al riguardo un esplicito richiamo (ancora punto 2) alla sent. [20](#), dietro cit., ma – come sappiamo – molte altre pronunzie avrebbero potuto nel medesimo verso essere addotte a sostegno (*ex plurimis*, decc. nn. [236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1](#), [85](#), [170](#) e [202](#) del 2013; [10](#) e [49](#) del 2015; [63 del 2016](#); [124](#) e [269 del 2017](#)).

<sup>14</sup> Maggiori ragguagli possono al riguardo aversi dal mio *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*, in [Diritti Comparati](#), 2/2019, 18 aprile 2019, 21 ss., spec. 23 s. in nt. 36, in risposta ad una critica più volte avanzatami da R. BIN, del quale v., part., di recente, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss.; il confronto tra me e l’illustre collega ha quindi avuto un prolungamento nelle interviste che entrambi abbiamo reso a R.G. Conti, su *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?*, in [GIUSTIZIA INSIEME](#), 10 aprile 2019. Utili indicazioni possono, inoltre, aversi anche dalle interviste, pure [ivi](#) ospitate, a P. MORI, B. NASCIMBENE e R. MASTROIANNI su *La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura?*, *ivi*, 23-27-28 aprile 2019, e a L. TRUCCO, G. MARTINICO e V. SCIARABBA, su *La Carta UE in condominio fra Corte costituzionale e giudici comuni. Conflitto armato, coabitazione forzosa o armonico menage?*, 8-9-10 maggio 2019.

<sup>15</sup> ... per riprendere qui, ancora una volta, la qualifica data da [Corte cost. n. 269 del 2017](#) per la Carta dell’Unione (ma evidentemente valevole per ogni Carta dei diritti). Non avrebbe, infatti, pregio alcuno osservare che unicamente la prima possa vantare il possesso del titolo suddetto, a motivo del suo rango “paracostituzionale” (o costituzionale *tout court*). Ammesso (ma non concesso) che abbia senso differenziare al piano della forza normativa tale Carta rispetto alle altre (e, segnatamente, alla CEDU, che – come si sa – avrebbe rango “subcostituzionale”), ugualmente potrebbe pianamente opporsi che altro è il posto spettante nel sistema delle fonti a questo o quel documento normativo ed altra cosa è la natura in sé e per sé di quest’ultimo, per la materia trattata (“tipicamente costituzionale”, appunto) e il modo della sua trattazione (a mezzo di enunciati dalla struttura nomologica duttile ed essenziale). Per quest’ultimo aspetto, non si vede dunque come tenere distinta l’una dall’altra Carta. La decisiva riprova, poi, dell’infondatezza dello schema d’inquadramento sistematico fatto proprio dalla giurisprudenza costituzionale (e dai suoi benevoli *laudatores*) la si ha spostando la prospettiva di osservazione dello stesso, riconsiderandolo cioè *dal punto di vista della teoria dell’interpretazione*, non già *da quello della teoria delle fonti*, o – per dir meglio – di una certa teoria delle fonti, d’ispirazione formale-astratta. Non si riuscirebbe altrimenti a capire come mai una fonte di rango costituzionale, qual è la Carta dell’Unione, si trovi obbligata a conformarsi ad una fonte “subcostituzionale”, alla cui luce – come si sa – richiede di essere intesa e fatta valere, salva la osservanza del canone della massimizzazione della tutela, cui si è dietro accennato.

offrire il servizio, al quale sono chiamati, ai diritti.

Non si dispone per vero di nessun elemento che consenta di stabilire se la odierna pronunzia offra un puntello alla ricostruzione teorica (e, prima ancora, metodica) nella quale da tempo mi riconosco; la circostanza, tuttavia, per cui è qui fatto – come si diceva – richiamo di plurimi documenti costituzionali, congiuntamente evocati in campo e convergenti alla salvaguardia del “diritto al silenzio”, può forse alimentare la speranza che prima o poi l’atteso riconoscimento della parità delle Carte finalmente si abbia. Un sano (e, se si vuole, crudo) realismo, tuttavia, ci obbliga a rammentare che, ancora poco tempo addietro, la Consulta, pur dando atto che dalla CEDU può venire una tutela più “ampia” (a quanto pare, persino di quella offerta dalla Costituzione) per i diritti in campo, ha nondimeno tenuto fermo il suo pensiero circa il “predominio assiologico” che, a suo dire, dovrebbe comunque essere considerato proprio della legge fondamentale della Repubblica<sup>16</sup>.

### *3.3. Il carattere sostanzialmente “punitivo” di alcune sanzioni vevoli per i procedimenti amministrativi, come tale non distinguibile da quello proprio delle sanzioni stricto sensu penali*

La terza nota positiva esibita dalla [decisione in commento](#) è data dal riconoscimento del carattere sostanzialmente “punitivo” (secondo i criteri Engel) di alcune sanzioni vevoli per i procedimenti amministrativi<sup>17</sup>. Finalmente abbattuta, dunque, un’antica, solida barriera che teneva nettamente separate le sanzioni penali (nella loro ristretta e propria accezione) da quelle amministrative, una barriera della quale – come si sa – la giurisprudenza europea da tempo sollecitava la rimozione.

Per l’aspetto ora considerato, le garanzie della persona vengono – come si vede – a crescere considerevolmente per effetto di un “dialogo” andato a buon fine con la Corte di Strasburgo e della sollecitazione, ora decisamente indirizzata alla Corte di Lussemburgo, ad allinearsi a questa indicazione.

### *3.4. Il riconoscimento del potere-dovere dei giudici comuni di fare applicazione diretta della Carta di Nizza-Strasburgo in vece di quella di leggi nazionali con la prima contrastanti*

La quarta nota positiva è la conferma di un’indicazione che già poteva aversi anche dalle precedenti pronunzie della Consulta sopra richiamate e che, ad ogni buon conto, bene si è fatto qui a rinnovare, con riguardo al potere-dovere dei giudici comuni di fare subito applicazione diretta di una norma della Carta dell’Unione *self executing*, così come intesa alla luce della CEDU, nel suo farsi diritto vivente. I giudici sono, infatti, sollecitati a non venire meno al “dovere – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta”<sup>18</sup>.

La Corte, per vero, ci mostra qui solo una faccia della medaglia, mentre lascia nell’ombra l’altra: parla della “non applicazione” del diritto nazionale, non pure dell’applicazione diretta di quello sovranazionale, in ispecie appunto – per ciò che ora maggiormente interessa – della Carta dell’Unione. Quest’esito, tuttavia, *al ricorrere delle condizioni (o, come dice la Corte, dei “presupposti”)* che lo giustificano, mi parrebbe essere inevitabile (ed anzi – preciso meglio – appare essere *opportuno*, conseguendone un beneficio per i diritti).

D’altro canto, non si vede come, tolta di mezzo (con la tecnica dell’annullamento da parte della Consulta ovvero con quella della “non applicazione” diretta da parte dei giudici) la norma nazionale e non dandosi nell’ordine interno alcun’altra disciplina specificamente vevole per il caso, possa farsi altro che non sia la diretta applicazione della Carta dell’Unione integrata in sede interpretativa

---

<sup>16</sup> Mi riferisco, in particolare, a [Corte cost. n. 25 del 2019](#).

<sup>17</sup> Così anche nella [sent. n. 112](#), cit.

<sup>18</sup> Punto 2 del *cons. in dir.*, con richiamo della sent. n. [63](#), cit.

con la Costituzione<sup>19</sup>. Come escludere, dunque, l'applicazione diretta della Carta suddetta quando la stessa è pianamente ammessa per la Costituzione, in caso di mancanza di disciplina legislativa, e quando – ciò che più importa – entrambe le Carte fanno tutt'uno nella interpretazione?

4. *Una nota malinconica finale: quanto tempo s'è perso prima di fare applicazione diretta della Carta dell'Unione? E ancora: come non dare la precedenza alla pregiudizialità eurounitaria laddove il giudice sia dubbioso circa il reale significato del parametro sovranazionale? E infine: come giustificare il ricorso alla Consulta, per il caso che nello stesso atto con cui la questione di costituzionalità è posta si riconosca che la norma sovranazionale violata abbia carattere self executing?*

Una notazione finale, segnata da un pizzico di malinconia, legato al risvolto negativo della vicenda che ha dato lo spunto per questo succinto commento. Quanto tempo infatti – è da chiedersi – s'è perso a tutt'oggi e quanto ancora si perderà, in attesa della risposta della Corte di giustizia, prima di fare applicazione diretta della Carta dell'Unione? Quanto tempo avremmo, cioè, guadagnato se l'autorità remittente si fosse subito rivolta in via pregiudiziale alla Corte di giustizia senza passare dalla Consulta<sup>20</sup>?

In dottrina molti dei commentatori della [269](#) che ne hanno dato la lettura, pressoché universalmente condivisa<sup>21</sup>, favorevole alla obbligatoria precedenza della pregiudizialità costituzionale rispetto a quella eurounitaria, hanno addotto a giustificazione di siffatta opzione i non pochi benefici che potrebbero aversi in ragione del maggior peso posseduto dalle domande poste dal giudice costituzionale nelle quali è pur sempre, esplicitamente ovvero implicitamente, racchiuso l'argomento altamente persuasivo dell'eventuale opposizione dei “controlimiti” ad una risposta sgradita.

Il rilievo indubbiamente coglie, almeno da un certo punto di vista, nel segno; e, tuttavia, a sua volta espone il fianco alla replica.

---

<sup>19</sup> ... e, poiché la Carta dell'Unione richiede – come sappiamo – di essere intesa e fatta valere alla luce della CEDU, potrebbe *nei fatti* aversi a un tempo applicazione diretta della stessa Convenzione, veicolata in ambito interno dalla prima, sia pure – naturalmente – con riguardo ai soli ambiti materiali per i quali essa rileva.

<sup>20</sup> ... la quale, poi, stavolta si è determinata per l'interpello del giudice dell'Unione ma – come si diceva – avrebbe potuto non farlo o potrebbe non farlo in un'altra occasione. Non conforta, ovviamente, l'argomento per cui la Corte è giudice di ultima istanza (ed anzi di *unica* istanza, quale giudice della costituzionalità delle leggi), come tale obbligato ad avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale, dal momento che l'obbligo stesso è – come si sa – subordinato pur sempre al carattere soggettivo del dubbio circa la interpretazione o la validità della disciplina sovranazionale evocata in campo dal caso, senza peraltro tener conto del fatto che la stessa giurisprudenza eurounitaria esonera dalla prospettazione del dubbio in via pregiudiziale al ricorrere di certe condizioni (tra le quali, principalmente quella del c.d. “atto chiaro”).

<sup>21</sup> *Ex plurimis*, G. SCACCIA, *L'inversione della “doppia pregiudiziale” nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) 25 gennaio 2018, e, dello stesso, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 6/2017, 2948 ss.; nella stessa *Rivista*, G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, 2955 ss.; inoltre, R. ROMBOLI, *Dalla “diffusione” all’“accentramento”*: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, in *Foro it.*, 2018, I, 2226 ss.; altri riferimenti in G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in [Federalismi.it](#), 24/2018, 19 dicembre 2018; D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in [Rivista AIC](#) 1/2019, 4 marzo 2019, spec. 229 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, ESI, Napoli 2018, 101 ss.; C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, [cit.](#), 20 ss.; C. PANZERA, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della “doppia fedeltà”. L'esperienza italiana*, Relaz. al Convegno del “Gruppo di Torino” su *La Constitución como pacto*, Valencia, 23 marzo 2019, in corso di stampa in *Rev. gen. der. cost.*, 24/2019, § 8. Fanno il punto sulla vessata questione G. MARRA - M. VIOLA, *Doppia pregiudizialità, diritti fondamentali e potere di disapplicazione del giudice comune*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2019, 163 ss., nonché in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 19 marzo 2019 e, nella stessa *Rivista*, M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, 2 aprile 2019. Infine, F. SALMONI, *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen e ruolo accentrato della Consulta. L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla “conformità” alla Costituzione e la mera “compatibilità” con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in [Federalismi.it](#), 8/2019, 17 aprile 2019; V. SCIARABBA, *Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato*, in questa *Rivista. Studi*, 2019/I, 211.

Per un verso, va subito osservato anche il giudice comune può pur sempre paventare l'utilizzo dell'arma dei "controlimiti", tanto più quando si tratti di un giudice particolarmente autorevole, qual è quello della legittimità.

Per un altro verso, vi sono almeno due buone ragioni – a me pare – che possono addursi avverso un siffatto modo di vedere le cose, comunque – come si diceva – ormai superato dalle decisioni di quest'anno.

La prima è che il giudice potrebbe essere dubbioso circa il retto significato del parametro sovranazionale, sì da non potersi determinare per la prospettazione del dubbio di costituzionalità alla Consulta originato dalla temuta violazione dello stesso se non dopo aver ricevuto lumi al riguardo dalla Corte di giustizia.

La seconda è che, quand'anche si avesse certezza circa il significato in parola, non vedo come il giudice possa adire la Corte costituzionale invocando per parametro una norma eurounitaria – *sia o no contenuta nella Carta di Nizza-Strasburgo* – di cui sia già stato in tesi acclarato il carattere *self executing*, senza per ciò stesso entrare in insanabile contraddizione con se stesso e in scoperta violazione di un preciso ed indeclinabile obbligo discendente dal trattato. Una violazione che, dunque, tale è (e resta), pur avendo la Consulta dato ad intendere (ancora da ultimo con le sentt. nn. [20](#) e [63](#) di quest'anno) che il giudice potrebbe scegliere *à la carte* il rimedio giudicato maggiormente adeguato alle complessive esigenze del caso e, dunque, se imboccare la via che porta a Lussemburgo ovvero l'altra che porta a Roma.

**Giovanni Moschella**  
**Crisi della rappresentanza politica e deriva populista\***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La rappresentanza politica nello Stato liberale. – 3. La democrazia dei partiti. – 4. La disciplina costituzionale del partito politico. – 5. La crisi del sistema partitico e le riforme elettorali. – 6. Trasformazione della rappresentanza politica e deriva populista.

1. *Premessa.*

La presente riflessione si articolerà lungo tre direttrici:

1) il sistema dei partiti e la sua trasformazione, temi esaminati a partire dal ruolo fondamentale riconosciuto nella fase originaria dello Stato democratico al partito di massa fino allo snaturamento del ruolo di *trait d'union* tra cittadini e istituzioni e sua trasformazione in soggetto di monopolio della rappresentanza politica;

2) il ruolo e l'incidenza del sistema politico-partitico rispetto alla configurazione della forma di governo, anche in relazione ai sistemi elettorali ed al circuito della rappresentanza politica;

3) l'attuale crisi della rappresentanza politica interpretata non solo come crisi del partito politico, con conseguente necessità di una regolamentazione della forma partito per garantire il metodo democratico, ma più in generale come crisi dei tradizionali istituti della rappresentanza (istituzioni rappresentative, libero mandato parlamentare).

Si cercherà di evidenziare come la crisi di rappresentatività dei partiti politici, unitamente ai processi di globalizzazione e alla negativa congiuntura economico-finanziaria di quest'ultimo decennio, abbia prodotto in buona parte delle forme di governo contemporanee il sorgere di tendenze populistiche e sovraniste che mettono in discussione la stessa sopravvivenza dei sistemi democratico-rappresentativi, esponendoli al rischio di derive plebiscitarie.

2. *La rappresentanza politica nello Stato liberale.*

La crisi della rappresentanza politica riveste nei modelli democratico-parlamentari una particolare rilevanza, in quanto viene ad incidere sull'essenza stessa del principio fondamentale al quale essi si ispirano: il principio costituzionale-rappresentativo. Il tema della rappresentanza politica presenta aspetti molto variegati, e in effetti, nell'ambito della teoria costituzionalistica essa ha dato adito sul piano teorico a tutta una serie di problemi, peraltro ancora non del tutto risolti. Ci si muove, infatti, da una concezione, che è quella tipica dello Stato feudale, in cui la rappresentanza ha una connotazione prettamente privatistica, e incentrata su tre soggetti: il monarca, il rappresentante e i rappresentati, con una caratterizzazione che tende a privilegiare l'istituto della rappresentanza come rapporto, imperniato soprattutto sul vincolo di mandato, cioè a dire su una stretta dipendenza del rappresentante nei confronti dei rappresentati. Tale configurazione trova riscontro nella nozione di rappresentanza giuridica, cioè il rappresentante agisce in nome e per conto del rappresentato, l'attività del rappresentante si riconduce per intero alla sfera giuridica del rappresentato e proprio in ragione di ciò il rappresentante può essere in qualsiasi momento revocato dai rappresentati<sup>1</sup>. È questa la forma della

---

\* Il presente lavoro riprende, con qualche modifica, il testo del contributo destinato agli Atti del Convegno in onore di Silvio Gambino su "Costituzioni, Diritti, Europa", svoltosi presso l'Università della Calabria il 26 e 27 ottobre del 2016.

<sup>1</sup> In tema, tra i contributi più recenti, cfr. F. BIONDI-N. ZANON (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica: atti del convegno, Milano, 16-17 marzo 2000*, Giuffrè, Milano, 2001; L. CARLASARE (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, Cedam, Padova, 2001; S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica*, I, *Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze University Press, Firenze, 2004; R.

rappresentanza che permane fino alla Rivoluzione Francese, sebbene, ad essere più precisi, già nel 1774 si registra nel modello inglese, con *l'address* di Burke agli elettori del collegio di Bristol, una diversificazione che contribuisce a sviluppare un ruolo del Parlamento più marcatamente politico. Il rappresentante si svincola dal mandato per assumere un ruolo di piena autonomia. Del resto, è vero che le prime Costituzioni rivoluzionarie, quella del 1791, ma soprattutto quella del 1793, Costituzione giacobina che tra l'altro non è mai entrata in vigore<sup>2</sup>, facevano riferimento ad una rappresentanza ispirata al principio della "sovranità popolare", e non alla sovranità nazionale, nonché alla necessità, sulla base di quella che era stata la teoria elaborata da Rousseau, poi recepita da Robespierre, di un mandato imperativo: il rappresentante è rappresentante del popolo e non può che agire per il popolo, fino a prevedere degli strumenti, come quello della revoca, che erano prettamente di tipo giuridico<sup>3</sup>. Tuttavia, questa interpretazione non trova mai una concreta applicazione nell'ordinamento rivoluzionario, cominciandosi ad evidenziare una potenziale contraddizione tra principio della sovranità popolare, teoria della rappresentanza politica e vincolo di mandato. È in ragione di questa contraddizione che si viene a configurare la forma di "governo rappresentativo", che si caratterizza per l'affermazione del principio della sovranità nazionale, sovranità non più attribuita al popolo, ma alla nazione, entità astratta che coincide con l'interesse generale<sup>4</sup>. Nello Stato ottocentesco l'equilibrio costituzionale/istituzionale, anche con riferimento alla funzione rappresentativa, viene così a fondarsi su alcuni elementi strettamente connessi tra loro: un ruolo centrale assunto dalle istituzioni

---

SCARCIGLIA, *Il divieto di mandato imperativo. Contributo a uno studio di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2005; L. CHIEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere: atti del Convegno di Caserta*, 6-7 maggio 2005, Giappichelli, Torino, 2006; L. CIAURRO, *Commento all'art. 67*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 1287 ss.; C. BOLOGNA, *Commento all'art. 67*, in S. BARTOLE-R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, 617 ss.; G. INCORVATI-F. MARCELLI, *Crisi della democrazia e crisi dei partiti in Italia e nel mondo*, Aracne, Roma, 2010; P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Giappichelli, Torino, 2011; M. DELLA MORTE, *Rappresentanza v. partecipazione: l'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, FrancoAngeli, Milano, 2012; N. MATTUCCI-G. VAGNARELLI (a cura di), *Crisi della politica, mediazione, rappresentanza*, Aracne, Roma, 2015; A. MORELLI (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Giuffrè, Milano, 2015; M. PLUTINO, *Dinamiche di una democrazia parlamentare. Assetti rappresentativi e sviluppi istituzionali*, Carocci, Roma, 2015; L. RONCHETTI, *Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 3/2015, *Saggi e articoli - Parte I*, 11 ss.; R. ORRÙ-F. BONINI-A. CIAMMARI-CONI (a cura di), *La rappresentanza in questione*, ESI, Napoli, 2016; C. BASSU, *Le nuove frontiere della rappresentanza politica*, in *Perc. cost.*, 1/2017, 13 ss. e, *ivi*, N. LUPO, *La rappresentanza politica oggi: sfide esistenziali e snodi concettuali*, 37 ss.; F. LANCHESTER, *Lo stato della democrazia pluralista in Europa*, 53 ss.; S. SILEONI, *No taxation without representation: profili costituzionali di un motto che si fa in cinque*, 89 ss.; P. PISICCHIO, *Governi tecnici e rappresentanza. Aspetti comparatistici*, 123 ss.; M. CAVINO-L. CONTE (a cura di), *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare. Da luogo di compromesso politico a strumento tecnico della divisione del lavoro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; A. COSSIRI, *La costituzione del rapporto di rappresentanza politica nazionale tra discrezionalità legislativa e vincoli costituzionali*, in [Rivista AIC](http://Rivista AIC), 1/2017; S. STAIANO, *Rappresentanza (relazione introduttiva)*, in AA.VV., *Annuario 2016. Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità rappresentanza territorio*, Atti del XXXI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Trento, 11-12 novembre 2016, Jovene, Napoli, 2017, 267 ss. e *ivi* I. MASSA PINTO, *Rappresentanza (relazione di discussione)*, 329 ss.; F.S. BERTOLINI, *Rappresentanza politica e forma di governo (relazione di sintesi)*, 403 ss.; G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza e populismo*, cit., 673 ss.; C. PINELLI, *Del tornare sulle categorie*, 717 ss.; E. RINALDI, *Divieto di mandato imperativo e disciplina dei gruppi parlamentari*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 2/2017; F. GIRELLI, *Il mandato parlamentare e lo spazio della sua "libertà". Per una lettura combinata degli artt. 67 e 68 della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. Si vedano anche gli interventi alla tavola rotonda su *Gli Statuti dei gruppi parlamentari alla prova dell'articolo 67 della Costituzione*, Roma, 16 maggio 2018, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 13/2018.

Sia consentito rinviare inoltre a G. MOSCHELLA, *Rappresentanza politica e costituzionalismo. Teoria e giurisprudenza costituzionale: un'analisi comparatistica*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 1999, e A. CITRIGNO-G. MOSCHELLA, *Quale futuro per il divieto di mandato imperativo?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](http://Forum di Quaderni Costituzionali), 22 settembre 2018.

<sup>2</sup> Cfr. A. AULARD, *Histoire politique de la Révolution française*, A. Colin, Paris, 1926.

<sup>3</sup> Sull'influenza di Rousseau nella formazione del pensiero di Robespierre e nella impostazione generale della Costituzione francese del 1793 cfr., per tutti, A. BARBERA, *Rappresentanza e istituti di democrazia diretta nell'eredità della Rivoluzione francese*, in *Pol. dir.*, 4/1989, 543 ss.

<sup>4</sup> Sul punto sia consentito il rinvio ancora a G. MOSCHELLA, *Rappresentanza politica e costituzionalismo. Teoria e giurisprudenza costituzionale: un'analisi comparatistica*, cit. 93 e ss.

rappresentative, la rappresentanza nazionale del Parlamento, il suffragio elettorale ristretto e l'indipendenza del parlamentare dalla base elettorale attraverso l'affermazione del divieto di mandato imperativo<sup>5</sup>. Tale modello segna la piena affermazione della concezione liberale in cui l'interesse dello Stato viene a coincidere con gli interessi variegati, ma sostanzialmente omogenei e comunque "riequilibrabili" della classe egemone, la borghesia. In tale fase storica risultano del tutto marginali i partiti politici, che si configurano più come unioni di persone che si coagulano in occasione delle tornate elettorali per supportare un candidato, mentre il corpo elettorale, ristretto e frammentato, non ha alcun potere di controllo sull'azione del parlamentare, privo com'è di apparati politico-organizzativi e di strumenti costituzionali che consentano il controllo sul rappresentante.

### 3. La democrazia dei partiti.

L'avvento dei grandi partiti di massa e quella che è stata definita la trasformazione dello Stato "monoclasse" in Stato "pluriclasse" sconvolgono profondamente il quadro teorico-costituzionale ora descritto<sup>6</sup>. La rappresentanza politica perde il suo carattere unitario, fondato sui principi di sovranità nazionale e di rappresentanza generale, per riproporsi come rappresentanza di interessi contrapposti, difficilmente riconducibili ad unità. Da questo momento in poi, teoria della rappresentanza politica e sistemi democratico-rappresentativi devono fare i conti con una sorta di convitato di pietra, che ne condiziona profondamente le linee di sviluppo, il partito politico. Non solo il rappresentante viene a perdere la sua qualità rappresentativa personale che ne aveva "privatizzato" le funzioni, affrancandolo da ogni tipo di responsabilità nei confronti dei rappresentanti, per trasformarsi in rappresentante di partito, ma è lo stesso Parlamento che assume, accanto ad una funzione esponenziale di interessi di classe contrapposti, anche quella di registrazione di decisioni assunte in ambiti non istituzionali<sup>7</sup>. In tale quadro può ben comprendersi come anche il principio del divieto di mandato imperativo entra in profonda crisi di identità e di legittimazione, venendo a perdere lo schema di riferimento che ne aveva giustificato l'adozione, vale a dire una netta separazione tra Stato e società. L'istituto del libero mandato e l'indipendenza del parlamentare, via via che si sviluppa e si consolida lo Stato democratico, rimangono esposti alla pressione sempre più forte del vincolo di partito che, sul piano teorico, viene

<sup>5</sup> Cfr. N. ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1991, 30 ss.; tra gli altri, cfr. A. SPADARO, *Riflessioni sul mandato imperativo di partito*, in *Studi Parlamentari e di politica costituzionale*, 1985, 23 ss.; S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, cit.; R. SCARCIGLIA, *Il divieto di mandato imperativo. Contributo a uno studio di diritto comparato*, cit., 29; L. CIAURRO, *Commento all'art. 67*, cit., 1287 ss.; C. BOLOGNA, *Commento all'art. 67*, cit., 617 ss.; E. RINALDI, *Divieto di mandato imperativo e disciplina dei gruppi parlamentari*, cit.; R. CALVANO, *La democrazia interna, il libero mandato parlamentare e il dottor Stranamore*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 13/2018 e ivi M. CARDUCCI, *Le dimensioni di interferenza del «contratto» di governo e l'art. 67 Cost.*; A. CERRI, *Osservazioni sulla libertà del mandato parlamentare*; A. CIANCIO, *Disciplina di gruppo e tutela del parlamentare dissenziente*; G.L. CONTI, *Sfera pubblica e sfera privata della rappresentanza. La giustiziabilità dell'art. 67, Cost. nella sua attuazione da parte dello statuto di un gruppo parlamentare*; S. CURRERI, *Costituzione, regolamenti parlamentari e statuti dei gruppi politici: un rapporto da ripensare*; G. DEMURO, *Il diritto individuale al libero mandato parlamentare*; R. DI MARIA, *Una "clausola vessatoria" in bilico fra la democrazia rappresentativa e la tutela giurisdizionale dei diritti*; G. GRASSO, *Qualche riflessione su statuti e regolamenti dei Gruppi parlamentari, tra articolo 49 e articolo 67 della Costituzione*; P. MARSOCCI, *Lo status dei parlamentari osservato con la lente della disciplina interna dei gruppi. Gli argini (necessari) a difesa dell'art. 67*; C. MARTINELLI, *Libero mandato e rappresentanza nazionale come fondamenti della modernità costituzionale*; C. PINELLI, *Libertà di mandato dei parlamentari e rimedi contro il transfughismo*; S. PRISCO, *Elogio della mediazione. Statuti dei gruppi parlamentari e libertà di mandato politico nelle democrazie rappresentative. Brevi annotazioni*; C. SBAILÒ, *Presidenzialismo contro populismo: col mandato imperativo si dissolve la democrazia costituzionale, ma non basta dire "no"*; F. SCUTO, *I pericoli derivanti da uno svuotamento dell'art. 67 Cost. unito ad un "irrigidimento" dell'art. 49 Cost. Alcune considerazioni a partire dalla vicenda dello Statuto del Gruppo parlamentare "Movimento 5 Stelle"*; N. ZANON, *La "Rinascita" dell'art. 67 della Costituzione e i censori delle parole*; A. MORELLI, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, cit.

<sup>6</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1986.

<sup>7</sup> Cfr. M. COTTA, *Parlamenti e rappresentanza*, in G.F. PASQUINO, *Manuale di scienza della politica*, il Mulino, Bologna, 1986, 285 ss.

a configurarsi come un mandato da cui parte della dottrina (Ambrosini, Crisafulli) fa discendere una doppia responsabilità del parlamentare, la prima di tipo diffuso nei confronti del corpo elettorale, l'altra, più vincolante, nei confronti dello stesso partito. Tale tesi, valida per l'ordinamento costituzionale italiano, ma riproponibile per *magna pars* degli ordinamenti costituzionali contemporanei, si fonda sull'errato riconoscimento, sul piano giuridico-formale, di un monopolio della funzione rappresentativa riconosciuta ai partiti politici.

A ciò si aggiunga la contraddizione, comune a molte delle Costituzioni democratiche contemporanee, derivante dalla presenza dei principi del divieto di mandato imperativo e della rappresentanza nazionale da un lato, e dal ruolo egemone nella funzione rappresentativa assunta e/o riconosciuta *de facto* al partito politico, dall'altro<sup>8</sup>. E tale contraddizione appare ancora più evidente in quegli ordinamenti in cui la disciplina costituzionale e legislativa della forma partito, contrariamente, ad esempio, a quanto avvenuto in Germania prima ed in Spagna più di recente, è stata pressoché inesistente e comunque inadeguata.

Se a questi elementi di contraddizione sistemica, di per sé rilevanti sul piano costituzionale, segnati da una prevalenza di elementi materiali sulla Costituzione formale, si aggiunge "l'irresistibile tentazione" della forma partito a liberarsi da ogni vincolo di regolamentazione (laddove esista), fino ad integrarsi in una sorta d'immedesimazione organica con gli apparati istituzionali e di governo, e a porsi più come "diaframma" che come canale di collegamento tra cittadini e Stato, può ben comprendersi come parte della dottrina costituzionalistica abbia subito la suggestione di identificare la crisi di legittimazione dei partiti politici come crisi della rappresentanza politica e dei modelli costituzionali ad essa riconducibili<sup>9</sup>. A partire dalla fine degli anni '70 del secolo scorso, si è accentuata quella tendenza dei partiti politici a configurarsi come *catch all parties*, ed a porsi come elementi insostituibili ed esclusivi della rappresentanza degli interessi sociali. La crisi fiscale dello Stato e il progressivo smantellamento dello Stato sociale, che hanno investito nell'ultimo decennio le democrazie contemporanee in genere, hanno prodotto effetti anche sul sistema dei partiti politici quali organizzazioni che, pur svolgendo in modo pressoché esclusivo la funzione rappresentativa, non sono più in grado di recepire, mediare e trasporre nelle istituzioni rappresentative e di governo l'articolazione di interessi sociali sempre più frammentati. Come detto, la crisi di rappresentatività e di legittimazione democratica, pur coinvolgendo i partiti politici nell'ambito di tutti i sistemi democratici, presenta profili di maggiore gravità in quegli ordinamenti in cui più accentuata è stata la tendenza alla *deregulation*, e alla rigida protezione della natura privatistica dell'associazione partitica, a fronte di un'attenzione sempre crescente del legislatore verso interventi riconducibili alla c.d. legislazione elettorale di contorno e al diritto dei partiti.

#### 4. La disciplina costituzionale del partito politico

Il modello prevalso in sede costituente si fonda su un concetto di democrazia antitetico rispetto a quello dello Stato liberale, essendo realizzato proprio attraverso il riconoscimento costituzionale dei partiti politici, il superamento della radice individualistica della rappresentanza e l'attribuzione al partito della funzione di centro di propulsione e di organizzazione della democrazia. Va detto, peraltro, che tale disegno trova nell'impianto garantista dell'art. 49 Cost. talune contraddizioni che parte della dottrina ha ravvisato nell'assenza di forme di controllo statale e nel "rifiuto di soluzioni che implicino una sorta di *Inkorporation*" della "forma partito" nello Stato apparato<sup>10</sup>. In tale chiave

<sup>8</sup> Sul punto cfr., A. SPADARO, *Riflessioni sul mandato imperativo di partito*, cit., 21 ss.

<sup>9</sup> Cfr. S. GAMBINO, *Crisi istituzionale e riforma della Costituzione: istituzioni e forze politiche fra costituzione e riforme*, ETS, Pisa, 1983, 157 ss.

<sup>10</sup> Cfr. C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, e "Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano", in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, vol. III, 383 ss. Sul rapporto tra art. 49 Cost. carattere democratico della Repubblica, principio della sovranità popolare e configurazione della forma di governo si rinvia in particolare a V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione italiana*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, II, Firenze, 1969, 111 ss., A. PREDIERI, *I partiti politici*, in *Commentario sistematico alla Costituzione*



interpretativa e a conferma delle tendenze di *deregulation* prevalse in sede costituente, è opportuno ricordare la mancata approvazione o, vieppiù, il mancato esame delle proposte volte ad introdurre, così come invece avveniva in Germania nello stesso periodo, il riconoscimento della personalità giuridica, nonché funzioni di carattere costituzionale (elezioni ed altre funzioni di pubblico interesse) ai partiti<sup>11</sup>. La mancata soluzione di tali nodi problematici ha condizionato ineluttabilmente anche il tema della regolamentazione della democrazia all'interno dei partiti, con il rigetto da parte della maggioranza della Assemblea costituente sia delle posizioni di coloro che collegavano il carattere democratico della struttura interna dei partiti politici alla loro capacità di trasfondere un indirizzo democratico nelle istituzioni rappresentative e nell'ambito della vita politica<sup>12</sup>, sia di coloro che pur reputandolo "mero strumento di tutela della libertà di associazione" ritenevano il carattere democratico indispensabile condizione di garanzia nei confronti degli apparati di partito per quei soggetti che "spontaneamente, con una forma di coscienza, volontaria, deliberata abdicazione hanno rinunciato a questo diritto"<sup>13</sup>. Tuttavia, l'opzione maggioritaria dei costituenti intese privilegiare una soluzione per certi versi compromissoria che pur rifuggendo da forme agnostiche, di indifferenza costituzionale nei confronti del partito politico, quali quelle che andavano affermandosi contestualmente nella Costituzione della IV Repubblica in Francia, escludeva, di contro, meccanismi istituzionali esercitabili da parte di organi dello Stato che potessero configurarsi come strumenti di controllo sulla ideologia, sui programmi e sulla stessa organizzazione partitica, così come invece delineato nella Legge fondamentale di Bonn (art. 21 G.G.). Pare indubbio, peraltro, per quello che più ci riguarda, che il limite del metodo democratico contenuto nell'art. 49 della Costituzione non attiene esclusivamente al rapporto tra partiti e modalità di svolgimento della competizione politica, bensì si estenda anche all'ordinamento interno e ai processi decisionali dei partiti politici che, in ragione della funzione essenzialmente strumentale loro attribuita, in assenza di una struttura a carattere democratico non possono assicurare né il concorso alla determinazione della politica nazionale, né tantomeno la rappresentatività<sup>14</sup>. Sebbene l'estensione del principio democratico dal livello statale ad istituzioni della società civile come le associazioni partitiche non appaia in contrasto "con la sfera di libertà coesistente" alla natura societaria degli stessi, non può sottacersi che la previsione di interventi dello Stato nell'ambito della sfera organizzativa dei partiti per molto tempo è stata ritenuta lesiva della loro autonomia, per le eventuali limitazioni alla loro libertà che avrebbe potuto determinare (fino a snaturare, secondo alcuni, lo stesso principio del concorso). Cionondimeno, il carattere di funzionalità individuato dall'art. 49 Cost. in ordine al diritto di associazione in partiti legittima, a nostro avviso, uno spazio di intervento del legislatore per assicurare il rispetto del metodo democratico nella organizzazione interna, al fine di garantire non solo la selezione e il ricambio dei gruppi dirigenti a livello nazionale e locale, la definizione dei programmi, la rappresentanza e la tutela delle minoranze, ma anche la disciplina di "quelle attività di partito che più direttamente incidono sul funzionamento delle istituzioni" "come, ad esempio, le procedure interne per la scelta dei candidati alle elezioni"<sup>15</sup>. Storicamente, lo strumento per perseguire un *idem sentire* tra rappresentanti e rappresentati è stato quello elettorale, attraverso, cioè, elezioni «libere e periodiche», per lo svolgimento delle quali hanno avuto fino ad oggi un ruolo centrale i partiti politici. Tale meccanismo è divenuto per molti versi non più sufficiente,

---

italiana, pag 199, M. DOGLIANI, *Spunti metodologici per un'indagine sulle forme di governo*, in *Giur. cost.*, 1973, 214 ss e dello stesso A., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994. Cfr. E. RUINI, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente* (Camera dei deputati), I, Roma, 1970, 354.

<sup>11</sup> Si vedano a questo proposito gli emendamenti presentati da L. BASSO e C. MORTATI e il dibattito che ne seguì in Assemblea costituente, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, cit., III, 1880 ss.

<sup>12</sup> In tal senso cfr. l'intervento di A. MORO in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, cit., III, 1887.

<sup>13</sup> Così G. RUGGIERO, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, cit., III, 1834.

<sup>14</sup> Cfr. G. U. RESCIGNO, *Alcune considerazioni sul rapporto partiti-Stato-cittadini*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, III, Milano, 1978, 967 ss.

<sup>15</sup> Su tale profilo cfr. P. RIDOLA, "Partiti politici", in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, 116, nota. 337.

e appare di tutta evidenza la necessità di volgere l'attenzione, *hic et nunc*, in quanto la gravità della crisi dei partiti non consente ulteriori rinvii, verso soluzioni che senza svilire il ruolo insostituibile del partito e quello delle elezioni possano “perfezionare questo rapporto di rappresentanza tra rappresentanti e rappresentati che oggi si limita al rapporto elettorale”<sup>16</sup>.

E a tal fine può certamente contemplarsi nell'ordinamento italiano una regolamentazione per legge del partito politico che garantisca il rispetto del principio del concorso con metodo democratico di cui all'art. 49 Cost<sup>17</sup>.

### 5. *La crisi del sistema partitico e le riforme elettorali.*

Con particolare riferimento alla forma di governo italiana, le riforme elettorali realizzate a partire dal 1993, con l'adozione di sistemi prevalentemente maggioritari (o proporzionali corretti con premio di maggioranza), hanno contribuito ad indirizzare, almeno fino alle ultime elezioni politiche del marzo 2018, il sistema politico italiano verso un modello di tipo tendenzialmente bipolare. Tuttavia, tale meccanismo, pur realizzando l'alternanza tra coalizioni, non è riuscito ad assicurare stabilità politica ed istituzionale, in ragione dell'alto livello di frammentazione del sistema partitico, dell'accenuato transfughismo parlamentare, e soprattutto a causa del carattere preminentemente elettorale e non politico-programmatico delle coalizioni<sup>18</sup>.

La ristrutturazione dei meccanismi di selezione della rappresentanza politica assume, così, una valenza certamente più ampia, al fine, non solo, di rendere potenziale un sistema di alternanza, in cui al partito (o alla coalizione) che vince le elezioni sia consentito di realizzare il programma democraticamente legittimato dal voto degli elettori, ma anche di assicurare la piena vigenza del principio di partecipazione democratica e di “concorso dei cittadini alla determinazione della politica nazionale” attraverso la trasformazione della “democrazia dei partiti”<sup>19</sup>. È inutile sottolineare che i risultati prodotti, soprattutto sul piano della stabilità di governo e della partecipazione democratica dei cittadini, sono stati senz'altro deludenti. In ragione del diverso criterio di distribuzione del premio di maggioranza tra Camera dei deputati e Senato della Repubblica, in più legislature le elezioni hanno dato luogo a maggioranze politiche disomogenee tra una Camera e l'altra con tutto quello che ne è conseguito sul piano della stabilità di governo. A ciò si aggiunga, da un lato, l'effetto di dispersione nel rapporto tra elettore ed eletto, dovuto alla competizione in circoscrizioni molto ampie e, dall'altro, lo svilimento del potere di decisione e di scelta del cittadino derivante dalla previsione del voto senza possibilità di esprimere preferenze, essendo previste liste bloccate di candidati indicati secondo un ordine di lista stabilito dai vertici dei partiti politici, i quali si sono visti così riconoscere non solo una

---

<sup>16</sup> Si pensi a questo proposito a sistemi di elezione ed anche ad alcune riforme della organizzazione costituzionale che, oltre a rendere più stretto il rapporto tra cittadini/elettori e rappresentanti, accrescano il potere decisionale di quest'ultimo; a criteri di selezione democratica delle candidature (elezioni primarie); a modelli organizzativi dei partiti politici ispirati al metodo della partecipazione democratica e non a quello della cooptazione; ad una razionalizzazione, infine, degli strumenti di democrazia diretta, quali il referendum, che, evitando i rischi di strumentalizzazioni demagogiche e plebiscitarie, rivaluti comunque questi istituti come incisivi meccanismi di decisione del corpo elettorale su alcune questioni fondamentali. Cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato, in Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di F. BIONDI E N. ZANON, Giuffrè, Milano 2001.

<sup>17</sup> Cfr. G. VECCHIO, *I partiti*, ESI, 2016.

<sup>18</sup> Cfr. A. MANNINO, *L'abuso della mobilità parlamentare: ripensare il divieto del mandato imperativo*, in *Quad. cost.*, 1/2001, 135-137 e, *ivi*, N. ZANON, *Il transfughismo parlamentare: attenti nel toccare quel che resta del libero mandato*, 137-140; S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica, I, Dal divieto di mandato al mandato di partito*, cit.

<sup>19</sup> In particolare, la legge elettorale n. 270/2005, per buona parte dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale con la [sentenza n. 1/2014](#), prevedeva sia per l'elezione della Camera dei Deputati che per l'elezione del Senato della Repubblica una competizione tra liste bloccate di candidati di partito (o di coalizione) in circoscrizioni molto ampie, con livelli di sbarramento diversi tra Camera (4%) e Senato (8%), indicazione nella scheda dei candidati Premier e l'attribuzione al partito (o alla coalizione dei partiti collegati) che conseguiva il maggior numero di voti di un premio di maggioranza pari al 55% dei seggi. Gli obiettivi sistemici dichiarati erano quelli di incentivare la formazione di maggioranze stabili e di governi duraturi.

delega in bianco, ma addirittura quasi un potere di designazione/cooptazione dei parlamentari che ha messo in discussione il tradizionale concetto di rappresentanza politica e lo stesso principio di sovranità popolare<sup>20</sup>.

La [sentenza n. 1/2014](#) della Corte costituzionale, unitamente ad un progressivo preoccupante distacco tra cittadini e istituzioni politiche, ha indotto il Parlamento a procedere, nella scorsa legislatura, alla riforma del sistema elettorale. Tuttavia anche la prima riforma elettorale approvata nel 2016 dal Parlamento (c.d. *Italicum*), è caduta sotto i magli della Corte costituzionale ([sent. n. 35/2017](#)), e solo nell'ultimo scorcio della legislatura il Parlamento è riuscito, infine, ad approvare una nuova legge elettorale, articolata in un sistema misto a prevalenza proporzionale, ma corretto con una rilevante quota di parlamentari da eleggere nell'ambito di collegi uninominali con meccanismo maggioritario (l. n. 165/2017). I risultati delle elezioni politiche del 4 marzo 2018 non hanno certo dissipato i dubbi circa la capacità delle leggi elettorali di risolvere i problemi di governabilità del sistema istituzionale.

Le difficoltà appalesate nella formazione di una maggioranza parlamentare omogenea e vieppiù le "acrobazie" che, anche sul piano costituzionale, hanno condotto alla formazione del Governo Conte<sup>21</sup> confermano, qualora ce ne fosse bisogno, lo stato di crisi del circuito della rappresentanza politico-partitica e delle stesse istituzioni rappresentative.

#### 6. *Trasformazione della rappresentanza politica e deriva populista.*

Il problema che si pone, tuttavia, è quello di comprendere se e in che modo sia possibile recuperare, anche attraverso un ripensamento della forma partito, un ruolo centrale degli organi della rappresentanza politica ovvero se risultino ineluttabili le tendenze verso il superamento dei modelli attuali di democrazia rappresentativa e la loro sostituzione con sistemi di democrazia populistica e plebiscitaria<sup>22</sup>. Da un lato la crisi della sovranità dello Stato riconducibile al processo di globalizzazione e, all'interno del continente europeo, alla connotazione prevalentemente economica del processo di integrazione dell'UE, unitamente alla crisi finanziaria che ha caratterizzato quest'ultimo decennio, hanno attivato spinte sovraniste contraddistinte da una forte contrapposizione verso gli organismi internazionali e sovranazionali e da una esaltazione delle politiche identitarie. Dall'altro, alcuni fenomeni come ad esempio l'intensificarsi dei flussi immigratori o la crisi della stessa rappresentanza politica, hanno alimentato movimenti politici di matrice populista che si ispirano al popolo come entità unica ed omogenea posta in contrapposizione ad altre, diverse, entità, come stranieri, immigrati, ma anche poteri forti, quali establishment politico ed economico, che ne metterebbero a repentaglio l'integrità. Ne discende una critica alla stessa nozione di rappresentanza politica ed al parlamentarismo, ritenuti in questa fase storica un male necessario, ma da superare attraverso "l'affermazione di una compiuta democrazia elettronica" (maldestramente confusa con le forme di democrazia diretta), l'unica ritenuta idonea ad affermare il principio "uno vale uno" e il pieno coinvolgimento del popolo nei processi decisionali. Richiamando una recente efficace analisi, si individuano alcuni elementi comuni riconducibili, in via generale, ai movimenti populistici:

1) *una posizione anti-élite*, che tende a delegittimare soprattutto le formazioni sociali intermedie, dai tradizionali partiti politici ai sindacati, ma in genere estesa ai c.d. "poteri forti" e a lobbies come i soggetti economici o la stampa;

---

<sup>20</sup> Cfr. S. GAMBINO, *Il ruolo dei partiti politici e la legge elettorale, fra storia costituzionale del Paese e attualità*, in [Rivista AIC](#), 2/2013, 1-18.

<sup>21</sup> Cfr. ora, in tema, i contributi pubblicati in A. MORELLI (a cura di), *Dal "contratto di governo" alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

<sup>22</sup> V. G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, V, Jovene, Napoli, 2009, 1991 ss.; A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo. (Sulla cd. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, ivi, 2007 ss.

2) *una posizione anti-pluralista*, che muovendo dall'assunto dell'assoluta necessaria omogeneità tra rappresentanti e rappresentati tende ad escludere che altri soggetti politici possano esprimere legittimamente la volontà o gli interessi del popolo;

3) *una concezione del popolo*, inteso unitariamente come entità organica coesa, "virtuosa e pura", tale da delimitare un popolo e un non-popolo<sup>23</sup>.

La combinazione di tali elementi si riflette profondamente sul rapporto di rappresentanza politica, che viene ad assumere le sembianze della rappresentazione, "secondo un processo paradossale, ma per nulla nuovo, in base al quale dall'idea della necessaria corrispondenza tra volontà dei rappresentati e agire dei rappresentanti, si tende ad instaurare (e talora si riesce a farlo) un sistema nel quale la volontà dei rappresentanti si *identifica* con quella dei rappresentati"<sup>24</sup>.

Sul piano istituzionale l'affermazione della supremazia del principio d'identità sul principio di rappresentanza determina implicazioni del tutto incompatibili con le forme della democrazia pluralista. In altri termini, i movimenti populistici si pongono l'obiettivo del superamento della democrazia parlamentare, perché mirano precipuamente a sovvertire le basi della rappresentanza, sostituendola col principio di identità, nel senso che privilegiano la identificazione fra governanti (leaders) e governati (popolo). In tale chiave vanno interpretate le critiche ad alcuni capisaldi delle istituzioni rappresentative, come il divieto di mandato imperativo, o la previsione di limiti al transfughismo parlamentare, la stipula di contratti preelettorali per i candidati alle cariche elettive o addirittura la stipula di "contratti di governo" che vincolino tutti i parlamentari della maggioranza<sup>25</sup>. Il modello istituzionale che si propone si fonda sul principio, di origine giacobina, del vincolo di mandato, ritenuto l'unico istituto in grado di garantire costantemente l'identità tra volontà del popolo e governo del popolo. Quel che va detto è che, stante l'attuale articolazione del circuito della rappresentanza politica e il ruolo che i partiti, pur politicamente deboli, continuano a mantenere nell'ambito dei processi elettorali e della selezione dei rappresentanti e delle classi dirigenti, l'eventuale vincolo di mandato, più che ricondursi al popolo, unitariamente inteso, verrebbe a configurarsi come mandato di partito. Nella prospettiva costituzionale, anche alla luce della scarsa applicazione che il metodo democratico di cui all'art. 49 Cost. registra all'interno dei partiti e dei movimenti politici, va ribadito che tale vincolo di mandato risulterebbe del tutto incompatibile con il principio della sovranità popolare.

---

<sup>23</sup> Cfr. l'analisi di J.-W. MÜLLER, *What is Populism?*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016, trad. it. *Cos'è il populismo?*, Università Bocconi Editore, Milano, 2017, sulla quale ora A. MORELLI, *Dal populismo ai populismi e ritorno. Appunti per una mappatura delle concezioni illiberali della rappresentanza e della funzione giurisdizionale*, testo della relazione al Convegno su *Crisi della rappresentanza e metamorfosi della funzione giurisdizionale*, Catania, 8-9 novembre 2018, in *paper*.

<sup>24</sup> A. MORELLI, *Dal populismo ai populismi e ritorno. Appunti per una mappatura delle concezioni illiberali della rappresentanza e della funzione giurisdizionale*, cit., par. 6 del *paper*.

<sup>25</sup> Cfr. sul punto cfr. i contributi pubblicati in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 13/2018, richiamati in nota 5.

**Entela Cukani****Soggetti vulnerabili e tutela dei diritti: il caso dei minori stranieri non accompagnati**

**SOMMARIO:** 1. La condizione di maggiore vulnerabilità dei minori stranieri non accompagnati (MSNA): una prima fenomenologia. – 2. L'accertamento dei requisiti di maggiore vulnerabilità. – 3. La parabola del *favor minoris* nel momento di passaggio alla maggiore età. – 4. La figura del tutore volontario, garante dei diritti e delle garanzie dei MSNA. – 5. Il "sistema" dei diritti dei MSNA: il diritto fondamentale all'istruzione quale perno per il godimento degli altri diritti fondamentali. – 6. Oltre il riconoscimento dei diritti: il limite delle risorse economiche disponibili. – 7. *Riferimenti bibliografici essenziali.*

*1. La condizione di maggiore vulnerabilità dei minori stranieri non accompagnati (MSNA): una prima fenomenologia*

Una parte sempre più consistente degli immigrati presenti sul territorio italiano è costituita dai minori stranieri separati dalla famiglia e non affidati a un adulto che ne sia legalmente responsabile. Secondo i dati statistici pubblicati dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, nella prima metà del 2017, i minori stranieri non accompagnati presenti sul territorio nazionale italiano erano 18.586, registrandosi una crescita esponenziale del 36% rispetto al 2016 e del 106% rispetto al 2015. In linea con la diminuzione degli arrivi, nel 2018 si è registrato rispetto all'anno precedente un dimezzamento delle domande presentate dai minori stranieri non accompagnati (3.676 rispetto a 9.782)<sup>1</sup>. Inoltre, da un confronto dei dati numerici con gli altri Paesi membri dell'Unione europea, come è stato rilevato, l'Italia «si caratterizza per la più elevata presenza di minori stranieri non accompagnati»<sup>2</sup>. Complessivamente parlando, la maggior parte dei minori accolti si colloca tra la fascia di età che va dai 16 ai 17 anni<sup>3</sup>. Le statistiche evidenziano che, nei Paesi d'origine, le modalità di registrazione ai fini civili al momento della nascita non sempre sono accurate o previste, e spesso, laddove effettuate sono soggette ad elevata variabilità<sup>4</sup>. Il tutto, pertanto, si ripercuote sull'accertamento della determinazione della età dei presunti minori che presentano domanda di protezione internazionale nei Paesi terzi, d'arrivo o di transito. Appaiono decisivi dal punto di vista normativo proprio la determinazione della condizione di minore età e l'assenza di accompagnatori legittimi. In effetti, è proprio dall'accertamento di tali requisiti che deriva una constatazione di maggiore vulnerabilità dei MSNA in ragione della quale l'ordinamento prevede una serie di tutele e di diritti specifici.

Trattasi, dunque, di un fenomeno altamente rilevante e di natura complessa. A livello internazionale ed europeo manca una disciplina che regoli organicamente la materia<sup>5</sup>. Nell'ordinamento italiano, solo di recente il legislatore ha provveduto ad adottare una specifica disciplina approvando la l. n. 47/2017 (c.d. "legge Zampa"). Tramite essa, si è modificata la normativa precedente<sup>6</sup>, piuttosto frammentaria, e, in conformità a quanto previsto da disposizioni internazionali, sono stati introdotti nuovi meccanismi, rafforzando gli strumenti di tutela. La nuova legge trova applicazione nei confronti dei minori stranieri non accompagnati presenti alla frontiera o nel territorio dello Stato italiano, introducendo una disciplina organica che guarda all'accoglienza (artt. 4, 5, 9, 12),

<sup>1</sup> Report di monitoraggio sui Minori Stranieri Non Accompagnati (MSNA), 31 agosto 2017.

<sup>2</sup> Cfr. C. BONIFAZI - P. DEMURTAS, *I minori stranieri non accompagnati: dimensioni e caratteristiche nello scenario europeo e italiano*, in *Minorigiustizia*, 3/2017, 33.

<sup>3</sup> Report di monitoraggio sui Minori Stranieri Non Accompagnati (MSNA), dicembre 2018, 20.

<sup>4</sup> *Amplius* su tali aspetti S. PENASA, *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati: quali garanzie? Un'analisi comparata e interdisciplinare*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 2/2019, 1 ss.

<sup>5</sup> Sul punto, cfr. P. MORI, *Prefazione*, in AA.VV., *La protezione dei minori non accompagnati al centro del dibattito europeo ed italiano*, a cura di A. Annoni, Napoli 2018, XI ss.

<sup>6</sup> Per un commento della disciplina previgente si rinvia a O. LUPO, *Disposizioni a favore dei minori*, in AA.VV., *Codice degli stranieri commentato. Testo unico dell'immigrazione spiegato articolo per articolo e annotato con la giurisprudenza*, a cura di U. Terracciano e O. Lupo, Santarcangelo di Romagna 2011, 750-784.

al rafforzamento delle tutele (artt. 6, 7, 8, 11) e dei diritti (artt. 14-17). Proprio per l'organicità e l'adeguatezza del modello di accoglienza previsto, la legge italiana costituisce un *unicum* nel panorama europeo<sup>7</sup>.

La prima definizione di MSNA nell'ordinamento italiano era contenuta nel "Regolamento concernente i compiti del Comitato per i Minori Stranieri" del 1999<sup>8</sup>. In base a tale definizione, si effettuava una disparità di trattamento all'interno dei MSNA, escludendo dall'ambito di applicazione i minori stranieri richiedenti asilo (MSNARA). Questi ultimi, in effetti, erano destinatari di un'apposita disciplina rappresentata dal d.lgs. n. 251/2007<sup>9</sup>.

L'art. 2 della l. n. 47/2017, nel delimitare l'ambito di applicazione della normativa, offre una più compiuta definizione di MSNA<sup>10</sup>. Ai sensi di detto articolo, «1. I minori stranieri non accompagnati sono titolari dei diritti in materia di protezione dei minori a parità di trattamento con i minori di cittadinanza italiana o dell'Unione europea. 2. Le disposizioni di cui alla presente legge si applicano ai minori stranieri non accompagnati, in ragione delle loro condizioni di maggiore vulnerabilità».

Recependo l'orientamento già accolto dal diritto dell'Unione e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>11</sup>, l'attuale disciplina elimina la disparità prevedendo una protezione paritaria, garantita a tutti i minori<sup>12</sup>. In base alla maggiore vulnerabilità dei MSNA (art. 1. c. 2), la condizione di minore prevale su quella di straniero. Pertanto, la titolarità dei diritti e delle garanzie dei minori aventi cittadinanza italiana o dell'UE si estende in maniera paritaria a tutti i minori stranieri che si trovano sul territorio italiano in assenza di un adulto o di un tutore legale di riferimento, a prescindere, dunque, dall'intenzione di richiedere la protezione internazionale.

Nella nuova legge, inoltre, tutte le misure previste – sulla scia di quanto già previsto dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>13</sup> – sono orientate dal «superiore interesse del minore», che definisce l'orizzonte assiologico dell'intera normativa. Proprio il «superiore interesse del minore», in effetti, fa da *pendant* alle misure concernenti la fase d'identificazione e accertamento della minore età (art. 5), a quelle inerenti all'accoglienza (introducendo l'alternativa tra centri di accoglienza e affidamento familiare)<sup>14</sup> e all'integrazione (art. 12). La nuova disciplina non si limita solo a prevedere misure di sostegno e tutela, ma prevede anche una serie di garanzie per i MSNA, riconoscendo agli stessi una serie di diritti.

---

<sup>7</sup> AA.VV., *La protezione dei minori non accompagnati*, cit.; T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, Piacenza 2017, 9.

<sup>8</sup> Cfr. il d.p.c.m. n. 535/1999, il cui art. 1, c. 2, contiene la seguente definizione di MSNA: «Per "minore straniero non accompagnato presente nel territorio dello Stato", di seguito denominato "minore presente non accompagnato", s'intende il minore non avente cittadinanza italiana o di altri Stati dell'Unione europea che, non avendo presentato domanda di asilo, si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato privo di assistenza e rappresentanza da parte di genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano».

<sup>9</sup> Emanato in attuazione della dir. n. 2004/83/CE, recante "Norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale".

<sup>10</sup> Sulla definizione di minore straniero non accompagnato cfr. F. ALBANO, *Minori stranieri non accompagnati nella prospettiva dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*, in *Minorigiustizia*, 3/2017, 57 ss.

<sup>11</sup> Ris. n. 97/C 211/03 del Consiglio del 26 giugno 1997; dir. n. 2001/55/CE; ris. del Parlamento europeo del 12 settembre 2013 *Sulla situazione dei minori non accompagnati nell'UE*, P7\_TA(2013) 387. La necessità di far prevalere attraverso la condizione di maggior vulnerabilità e, pertanto, tramite essa la condizione di minore rispetto a quella di straniero, emerge anche nelle decisioni della Corte EDU: sentt. 12 ottobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et al.*, § 55; 19 gennaio 2012, *Popov*; 22 novembre 2016, *Abdullahi Elmi et al.*

<sup>12</sup> Sulle persistenti disuguaglianze che, prima dell'entrata in vigore della l. n. 47/2017, caratterizzavano la posizione del minore straniero solo rispetto ai minori italiani, cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli interventi a protezione dei minori stranieri o appartenenti a gruppi minoritari*, in AA.VV., *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. Lenti (nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti), Milano 2012, 470 ss.

<sup>13</sup> Cfr. art. 3 della Convenzione di New York e art. 24 CDFUE.

<sup>14</sup> Va tuttavia specificato, che secondo gli ultimi dati, nel 2018 risulta che il 95,7 % dei MSNA sia collocato presso le strutture di accoglienza e solo mentre il 4,3 % presso privati (Ministero del lavoro e delle politiche sociali - Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione, *Report di monitoraggio. Dati al 31 dicembre 2018*, 18).

Tuttavia, trattandosi di diritti riconosciuti a soggetti per la loro condizione di minori stranieri soli, l'esame degli stessi rimane indissolubilmente legato tanto all'analisi dei meccanismi e delle tutele della fase di accertamento dei requisiti di MSNA, quanto alla cornice operativa delle figure che agiscono al fine di rendere effettivo l'esercizio dei diritti a loro riconosciuti.

Come noto, il d.l. n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza") è stato convertito, con modifiche, nello stesso anno dalla l. n. 132. Pur non contenendo specifiche previsioni restrittive per i MSNA, quest'ultima disciplina ha effetti anche nel sistema di protezione e dei diritti riconosciuti agli stessi. Partendo dall'esame di tali aspetti, si approfondiranno alcune criticità riscontrabili nell'attuazione dei diritti dei MSNA.

## 2. L'accertamento dei requisiti di maggiore vulnerabilità

Dalla particolare vulnerabilità dei minori soli stranieri deriva la necessità di protezione e cura degli stessi, ritenuta prevalente anche sulle esigenze inerenti al controllo dei flussi migratori. L'art. 3 della l. n. 47/2017, modifica alcune disposizioni del testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998, t.u.i.)<sup>15</sup> e mostra di accogliere una lettura garantista del principio di non *refoulement*, introducendo in maniera esplicita il divieto assoluto sia di respingimento alla frontiera che di espulsione per i MSNA. L'unica ipotesi di derogabilità al divieto di respingimento è ammessa esclusivamente in caso di «rischio per danni gravi», superando il «migliore interesse dei minori» anche il vaglio dell'ipotesi di espulsione prevista nel caso di rischio per la sicurezza dello Stato<sup>16</sup>. Nello spirito della "legge Zampa", l'espulsione viene ammessa solo laddove, a seguito di indagini familiari, essa si ritenga opportuna nell'esclusivo interesse del minore. In tale ipotesi, entro 30 giorni dalla richiesta del Questore, il Tribunale per i minorenni può emettere il provvedimento di espulsione. I divieti ora menzionati, vanno letti in correlazione anche con l'ipotesi prevista dall'art. 8 della l. n. 47/2017, ossia, quella del rimpatrio assistito da intendersi ora esclusivamente in termini di rimpatrio volontario<sup>17</sup>. A tale conclusione si giunge se si tiene presente la previsione del consenso imprescindibile del minore che in tale fase deve, tra l'altro, essere adeguatamente assistito. Anche laddove il rimpatrio sia stato chiesto dai genitori del minore, il giudice minorile dovrà verificare che tale richiesta sia conforme

---

<sup>15</sup> In particolare, esso introduce un nuovo c. 1-*bis* all'art. 19 e modifica il c. 4 dell'art. 31. Apporta altresì modifiche, sostituendolo del tutto, al c. 1 dell'art. 33 della l. n. 184/1983.

<sup>16</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, in AA.VV., *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*<sup>3</sup>, a cura dello stesso, Santarcangelo di Romagna 2018, 151. L'ipotesi di espulsione per motivi di sicurezza dello Stato rimarrebbe una prerogativa ministeriale. In effetti, proprio il divieto di espulsione del MSNA potrebbe avere delle ricadute anche sulle possibilità di rimanere in territorio italiano del familiare o affidatario espulsi. L'art. 19, c. 2, lett. a), t.u.i., pur prevedendo il divieto di espulsione del minore, fa salvo il «diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi». Pur rimanendo il minore in qualche modo coinvolto dal provvedimento di espulsione di detti soggetti, egli, tuttavia, non è destinatario diretto del provvedimento, visto che in tal caso il provvedimento riguardante il minore dovrebbe comunque essere approvato da parte del Tribunale dei minorenni (art. 31, c. 4, t.u.i.). In tal caso, il giudice minorile potrebbe scegliere, ai sensi dell'art. 31, c. 3, t.u.i., di autorizzare il soggiorno dei familiari o del tutore del minore, facendo prevalere l'imprescindibile interesse del minore. La giurisprudenza di merito, in effetti, si è orientata in tal senso, per poi escludere anche l'ipotesi di espulsione dei genitori di minori residenti in Italia: Trib. Min. Piemonte, 17 gennaio 2014, in *Dir. imm. citt.*, 3/2014, 119.

<sup>17</sup> L'ipotesi di rimpatrio assistito veniva già previsto dal citato d.p.c.m. n. 535/1999. Tuttavia, pur prevedendo la norma la necessità che il minore fosse «preventivamente sentito», solo in maniera indiretta si era ritenuto che affinché il provvedimento di rimpatrio assistito adottato dal Comitato non violasse i principi nazionali, sovranazionali e internazionali, fosse necessario che il minore prestasse il proprio consenso così come previsto dall'art. 12 della Convenzione di New York e dalla "direttiva rimpatri" (dir. n. 2008/115/CE). Per le criticità del sistema previgente all'entrata in vigore della "legge Zampa", cfr. T. GUARNIER, *La condizione giuridica dei minori stranieri non accompagnati in Italia: inadeguatezze e rischi del sistema di accoglienza*, in AA.VV., *Temi attuali sui diritti sociali in un'ottica multidisciplinare*, a cura di M.C. De Cicco e A. Latino, Napoli 2016, 267 ss.

all'interesse del minore<sup>18</sup>. Nell'ottica di tutelare maggiormente i MSNA, la competenza a decidere sul rimpatrio assistito non spetta più alle autorità amministrative ma al Tribunale per i minorenni<sup>19</sup>.

Una volta in territorio italiano, sono proprio le condizioni della minore età e dell'assenza di genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano, che costituiscono gli elementi essenziali in presenza dei quali diventa operativa la clausola del divieto di espulsione. In riferimento ai soggetti qualificabili come accompagnatori legittimi, l'art. 2 della l. n. 47/2017 chiarisce che tale qualifica può essere riconosciuta solo al soggetto «legalmente responsabile in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano». Ne deriva che, anche qualora il minore si trovi accompagnato da un parente di quarto grado (ipotesi prevista dall'art. 33, c. 1, l. n. 184/1983), egli è qualificato come MSNA.

Sin dal momento del loro rintraccio (ad esempio nei luoghi di sbarco/*hotspot*) e comunque non appena il presunto MSNA venga in contatto con le autorità della pubblica sicurezza o sia stato a queste segnalato, le stesse autorità hanno il dovere di darne notizia al giudice tutelare (art. 19, c. 5, d.lgs. n. 142/2015) e di provvedere ad individuare la struttura di prima accoglienza facendo apposita segnalazione al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni per la necessaria ratifica. Notizia, altresì, deve essere data all'organismo competente istituito presso il Ministero del lavoro per il censimento e il monitoraggio dei MSNA. Una volta che la notizia all'accoglienza del MSNA sia pervenuta al procuratore minorile, egli svolge sommarie indagini per promuovere il procedimento attestante lo stato di abbandono. Dall'accertamento di quest'ultimo scaturisce l'obbligo della nomina di un tutore<sup>20</sup>.

Presso le strutture di prima accoglienza, poi, si attivano le procedure del primo colloquio conoscitivo finalizzato ad approfondire la storia personale e familiare del MSNA e a far emergere ogni altro elemento utile alla sua protezione. In maniera obbligatoria, tale colloquio deve essere svolto da personale qualificato della struttura di prima accoglienza e in presenza di un mediatore culturale<sup>21</sup>.

In caso di dubbio circa la dichiarazione della minore età viene avviato il procedimento di accertamento della stessa. Anche in riferimento a tale procedimento, la l. n. 47/2017, introducendo un nuovo art. 19-*bis*, c. 9, al d.lgs. n. 142/2015, ha cercato di superare l'incerta e frammentaria disciplina previgente. In effetti, il procedimento di accertamento può essere avviato solo laddove si sia in mancanza di documenti ritenuti idonei e sussistano legittimi dubbi sull'età del soggetto. Il presunto MSNA – con l'ausilio del mediatore linguistico culturale e in una lingua a lui comprensibile, tendendo presente anche il suo grado di maturità – deve essere reso edotto dell'importanza che ha l'accertamento della sua età e dei modi attraverso i quali essa può essere determinata, delle conseguenze dei risultati, oppure del rifiuto a sottoporsi alle procedure previste. Le stesse informazioni devono essere comunicate altresì al tutore, la cui presenza nell'intero procedimento è obbligatoria (art. 19-*bis*, c. 3, d.lgs. n. 142/2015). La via principale dell'accertamento della minore età rimane indubbiamente quella di un documento anagrafico, essendo anche prevista la possibilità di avvalersi della collaborazione delle autorità diplomatiche. Tuttavia, l'intervento di queste ultime è

---

<sup>18</sup> C. CASCONE, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/2017 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2017, 25.

<sup>19</sup> Prima dell'approvazione della l. n. 47/2017, in effetti, il rimpatrio assistito veniva emesso inizialmente da parte Comitato minori stranieri e successivamente dalla Direzione generale per l'immigrazione e per le politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

<sup>20</sup> L'autorità di pubblica sicurezza che viene a contatto con un MSNA dà immediata comunicazione della sua presenza al giudice tutelare per l'apertura della tutela e per la nomina del tutore *ex art.* 343 ss. c.c. Stessa comunicazione viene data al Procuratore per i minorenni che, a sua volta, chiede l'apertura di un procedimento *ex art.* 19, c. 5, d.lgs. n. 142/2015 al Tribunale per i minorenni per la ratifica delle misure di accoglienza predisposte. Medesima comunicazione viene presentata altresì alla Direzione generale dell'immigrazione e delle politiche d'integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, per quanto di competenza. Lo stesso discorso vale per i MSNA sbarcati sulle coste italiane e assegnati per quote dalle prefetture agli enti locali. In genere il Procuratore chiede l'apertura di procedimento *ex art.* 330 c.c. al Tribunale per i minorenni, solo nei casi in cui ravvisi una situazione di abbandono o quando vi siano elementi per ritenere che sul territorio nazionale vi siano in realtà dei parenti cui limitare la responsabilità genitoriale.

<sup>21</sup> La presenza obbligatoria del mediatore culturale si discosta da quella facoltativa prevista dal precedente d.p.c.m. n. 234/2016.



soggetto all'espressa volontà del minore di procedere in tal senso. Anche nei casi di consenso, l'intervento delle autorità diplomatiche rimane escluso laddove ricorrano le seguenti ipotesi: richiesta di protezione internazionale; dai colloqui emerge l'esigenza di protezione internazionale; quando non si escluda che dall'attivazione di tale collaborazione possano derivare pericoli di persecuzione. Esperite senza esito le vie dei colloqui ed eventualmente quelle della collaborazione diplomatica, l'accertamento dell'età, previa decisione del Procuratore della Repubblica, potrà proseguire mediante esami socio-sanitari. Tuttavia, non esistono ad oggi tecniche di accertamento tali da consentire di stabilire con esattezza l'età cronologica di una persona priva di documenti. Pertanto, l'esito dovrà sempre indicare il margine di errore<sup>22</sup>, in modo tale da poter far valere la presunzione legale di minore età<sup>23</sup>.

### 3. *La parabola del favor minoris nel momento di passaggio alla maggiore età*

Rispetto alle altre categorie di immigrati, proprio in ragione della maggiore vulnerabilità, i MSNA sono destinatari di apposite tipologie di permessi di soggiorno. Inoltre, la condizione di minore, al momento della presentazione della domanda per il permesso di soggiorno, esplica i propri effetti anche nel momento del raggiungimento della maggiore età. Tale tutela del *favor minoris*, tuttavia, è stata oggetto di modifiche legislative non sempre lineari. All'apertura in senso favorevole come prevista dalla "legge Zampa", si affiancano ora le previsioni di chiusura all'estensione del *favor minoris* al raggiungimento della maggiore età introdotte dal "decreto sicurezza".

L'art. 10 della l. n. 47/2017 prevede due macro-categorie di permessi di soggiorno, per minori non accompagnati o per motivi familiari, ambedue rilasciati dal Questore. Il primo tipo di permesso di soggiorno, disciplinato dall'art. 10, lett. a), può essere chiesto direttamente dal minore anche prima della nomina di un tutore. In tal caso, viene riconosciuta la possibilità alla stessa struttura che accoglie il minore di richiedere il permesso di soggiorno (art. 6, c. 3, l. n. 47/2017) che ha validità fino al raggiungimento della maggiore età. La seconda tipologia di permesso di soggiorno per motivi familiari, disciplinata dalla lett. b), è ulteriormente articolata in sottocategorie. Il requisito per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari presuppone che il minore sia stato sottoposto a tutela o sia stato affidato ad un cittadino italiano e straniero, e pertanto, non sia collocato in una casa famiglia. Viene rilasciato lo stesso permesso di soggiorno anche al minore di quattordici anni affidato (ai sensi dell'art. 9, c. 4, l. n. 184/1983) o sottoposto a tutela di un cittadino italiano oppure straniero regolarmente soggiornante, nonché il minore ultraquattordicenne affidato (anche ai sensi del citato art. 9, c. 4), o sottoposto a tutela di un cittadino italiano con lui convivente<sup>24</sup>. A queste tipologie di titolo di soggiorno, poi, si affianca anche quella del minore straniero richiedente protezione internazionale. Con l'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018, come noto, è venuta meno, invece, l'ipotesi di permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Ai sensi dell'art. 2 d.lgs. 286/98, al compimento della maggiore età, al minore non accompagnato può essere rilasciato un permesso di soggiorno per studio, lavoro o attesa occupazione qualora soddisfatti determinati requisiti quali: a) possiede il passaporto o documento equipollente in corso di validità; b) è entrato in Italia prima del compimento dei 15 anni e ha seguito per almeno due anni un progetto di integrazione sociale e civile; c) è sottoposto a tutela o è affidato ai sensi dell'art. 2 legge 184/83 e ha ottenuto un parere positivo da parte della Direzione Generale Immigrazione del Ministero

---

<sup>22</sup> Come ha avuto modo di sottolineare anche l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, il referto che non riporta il margine di errore non ha alcun valore scientifico: Ris. 1996 (2014) su *Migrant children: what rights at 18?*.

<sup>23</sup> Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, cit., 171; E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della "nuova" procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della l. 47/2017*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2017, 1 ss.

<sup>24</sup> Secondo alcuni, la *ratio* della differenziazione, escludendo, pertanto, solo per il minore di quattordici anni convivente con un tutore di nazionalità straniera la possibilità di chiedere il permesso per motivi familiari, è da rinvenire nella necessità di mantenere una figura tutoria esterna: cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, cit., 176.

del lavoro e delle politiche sociali; frequenta corsi di studio o svolge attività lavorativa in modo tale da poter ottenere un permesso di soggiorno per motivi di studio o di lavoro<sup>25</sup>.

Il momento del passaggio alla maggiore età, nella l. n. 47/2017, riceve una lettura in senso di *minoris favor*. Qualora sussistano le condizioni di due anni di progetto di integrazione e tre anni di permanenza in Italia, al compimento dei diciotto anni, la “legge Zampa” prevede che si possa ottenere il permesso di soggiorno per motivi di studio, di accesso al lavoro ovvero di lavoro subordinato o autonomo. Inoltre, l’art. 13 della l. n. 47/2017 ha introdotto in maniera espressa il c.d. «prosieguo amministrativo»<sup>26</sup>. In tal caso, con un provvedimento del Tribunale dei minori si potrebbe ottenere una estensione delle misure di protezione e integrazione fino al ventunesimo anno di età, con conseguente durata anche il titolo di soggiorno<sup>27</sup>. Nell’adottare tale provvedimento, il Tribunale per i minorenni dovrebbe tenere conto del momento di arrivo in territorio italiano del minore e del percorso di integrazione seguito dallo stesso. Ciò in quanto la *ratio* del «prosieguo amministrativo» non è quella dell’estensione del periodo di permanenza nel centro di accoglienza fino al ventunesimo anno di età che provoca, tra l’altro, anche un aggravio del bilancio degli enti locali. Al contrario, invece, la logica che sottostà al «prosieguo» è quella di delineare le tappe che indirizzano il MSNA divenuto maggiorenne all’acquisto di una propria autonomia.

In assenza dell’adozione del provvedimento entro 30 giorni, inoltre, in base alla regola del «silenzio assenso», ai sensi della l. n. 241/1990 (art. 20, cc. 1-3), il «prosieguo amministrativo» si dovrebbe ritenere concesso.

Tuttavia, con l’entrata in vigore del “decreto sicurezza”, tale eventualità è stata eliminata<sup>28</sup>, facendo regredire la disciplina a quanto previsto prima dell’entrata in vigore della l. n. 47/2017. Se in quest’ultima, proprio tramite il silenzio assenso e il «prosieguo amministrativo», si esplicitavano le finalità d’inclusione oltre il raggiungimento della maggiore età, con le novità introdotte dal “decreto sicurezza” il *favor minoris* incontra ora il limite invalicabile del raggiungimento dei 18 anni.

#### 4. La figura del tutore volontario, garante dei diritti e delle garanzie dei MSNA

Indubbiamente, una delle novità più rilevanti introdotte dalla l. n. 47/2017 è la previsione della nuova figura del tutore volontario. Prima della sua istituzione era prevalsa la prassi di nominare tutore un ente pubblico che, tra l’altro, aveva in carica in contemporanea un alto numero di minori. Diversamente, il tutore volontario incarna una nuova figura con il compito di svolgere funzioni di natura complessa<sup>29</sup>. Nello spirito della l. n. 47/2017, il tutore volontario, non solo deve impostare una relazione di fiducia con il MSNA, ma è la figura che esercita per conto dei MSNA i diritti a questi

---

<sup>25</sup> *Amplius* su tali aspetti il documento dell’ASGI *Quali percorsi per i minori non accompagnati in seguito all’abrogazione del permesso per motivi umanitari? Scheda per i tutori e gli operatori che seguono minori non accompagnati (aggiornata al 12.12.18)* disponibile in <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/12/Scheda-Percorsi-dei-MSNA-in-seguito-allabrogazione-del-permesso-per-motivi-umanitari.pdf>.

<sup>26</sup> Prassi, tra l’altro, già da tempo vigente, viste le richieste presentate presso i Tribunali per i minorenni già prima dell’entrata in vigore della legge. In tali casi la richiesta del proseguito amministrativo per i ragazzi che, al compimento del diciottesimo anno di età non avessero ancora raggiunto un sufficiente grado di autonomia, si basava sull’emissione da parte del Tribunale per i minorenni di un provvedimento in base al combinato disposto degli artt. 29 del d.lgs. n. 1404/1934 e 23 della l. n. 39/1975.

<sup>27</sup> Secondo quanto stabilito dall’art. 13 della l. n. 47/2017, se il MSNA, «al compimento della maggiore età pur avendo intrapreso un percorso di inserimento sociale, necessita di un supporto prolungato volto al buon esito di tale percorso finalizzato all’autonomia, il Tribunale per i minorenni può disporre, anche su richiesta dei servizi sociali, con decreto motivato, l’affidamento ai servizi sociali, comunque non oltre il compimento del ventunesimo anno di età».

<sup>28</sup> Vedasi, a tal proposito, il documento ufficiale *Minori stranieri non accompagnati*, predisposto dal Servizio studi della Camera dei Deputati-XVIII Legislatura il 23 novembre 2018 disponibile in <http://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1104665.pdf>.

<sup>29</sup> A. THIENE, *Il tutore volontario finalmente protagonista nella vita dei minori stranieri non accompagnati*, in AA.VV., *La protezione dei minori non accompagnati*, cit., 89-111.

riconosciuti. È proprio tramite il tutore volontario, dunque, che si possono rendere effettivi i diritti riconosciuti al MSNA.

Trovandosi ad agire nella sfera delle esigenze evolutive del minore e della cura dello stesso (e non, quindi, solo in quella degli interessi afferenti alla tutela del suo patrimonio), la figura del tutore volontario si discosta nettamente dalla tradizionale figura di matrice civilistica del tutore per la gestione della tutela patrimoniale del minore<sup>30</sup>. Di qui la previsione della necessità che il tutore volontario, privato cittadino, sia una figura che all'esito positivo del completamento di un percorso di selezione e formazione sia iscritto in un'apposita lista presso ogni Tribunale per i minorenni (art. 11, c. 1). Salvo che sussistano specifiche e rilevanti ragioni, ogni tutore dovrebbe dare la sua disponibilità ad assumere la tutela per un massimo di tre MSNA<sup>31</sup>.

Si tratta di un compito svolto in maniera volontaria, caratterizzato dalla gratuità della prestazione. In effetti, in una recente pronuncia, la Corte costituzionale ha escluso la necessità della corresponsione dell'indennità o di rimborso delle spese, in quanto l'«elemento della volontarietà si integra con il valore sociale dell'adempimento dell'ufficio». Trattandosi, dunque, di volontario, la gratuità della prestazione costituisce anche il principale elemento che lo caratterizza<sup>32</sup>.

Il tutore volontario viene nominato dal presidente del Tribunale per i minorenni, o da un giudice da questo delegato, tra gli iscritti nell'apposto registro. Per promuovere e facilitare la nomina dei tutori volontari, l'art. 11 della l. n. 47/2017 prevede la sottoscrizione di appositi protocolli tra i Garanti per l'infanzia e i presidenti del Tribunale, evidenziando il requisito della prossimità territoriale. In effetti, ogni tutore volontario deve indicare il raggio territoriale entro il quale si deve rendere disponibile ad espletare tale funzione. In assenza di un elenco specifico, le funzioni e i compiti spettanti al tutore volontario vanno ricostruiti all'interno delle diverse disposizioni della l. n. 47/2017<sup>33</sup>. Dall'espresso richiamo operato dall'art. 11, c. 2, alla disciplina civilistica che regola la funzione tutoria<sup>34</sup> deriva *in primis* che spetti al tutore esercitare, con diligenza (art. 382 c.c.) e in conformità al superiore interesse del minore, la funzione di cura, rappresentanza legale, nonché l'amministrazione dei beni del minore (artt. 357 c.c.). Proprio dal rinvio alla disciplina civilistica deriva che ai sensi dell'art. 371 c.c. spetta al tutore, congiuntamente al giudice tutelare, il compito di individuare il luogo in cui collocare il minore. In tal senso, dunque, si esclude qualsiasi responsabilità genitoriale, in senso di mantenimento e di coabitazione con il tutelato.

Ai sensi dell'art. 19-*bis* del d.lgs. n. 142/2015, il tutore volontario (in qualità di rappresentante), unitamente al mediatore culturale, deve presenziare nelle procedure di accertamento dell'età del minore. In tale veste, egli diventa garante dei diritti e delle garanzie riconosciuti dalla legge al MSNA, tra le quali, innanzitutto, quelle concernenti le implicazioni che potrebbero derivare dall'attivazione dell'eventuale collaborazione con le autorità diplomatiche. Unitamente al minore, il tutore volontario

---

<sup>30</sup> Cfr. artt. 343-397 c.c.

<sup>31</sup> La formulazione originaria dell'art. 11 della l. n. 47/2017 prevedeva un tutore per ogni MSNA con possibilità di estenderlo a «più minori, quando la tutela riguarda fratelli o sorelle». L'art. 2, c. 3, d.lgs. n. 220/2017 ha modificato tale formulazione, prevedendo ora che lo stesso tutore possa essere nominato per tre MSNA, «salvo che sussistano specifiche e rilevanti ragioni».

<sup>32</sup> [Corte cost., sent. n. 218/2018](#). La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata in merito agli artt. 11 e 21 della l. n. 47/2017, per violazione dell'art. 3 Cost., lamentando che, in mancanza di indennità per le spese sostenute, ci fosse il concreto rischio che nessuno fosse disposto ad assumere la tutela.

<sup>33</sup> Più precisamente, tali funzioni sono ricavabili, in maniera non sempre agevole, nell'ambito della disciplina attinente ai minori stranieri non accompagnati richiedenti protezione internazionale, di cui agli artt. 18, 19 e 19-*bis* del d.lgs. n. 142/2015, come modificati dalla l. n. 47/2017.

<sup>34</sup> L'art. 11, c. 2, della l. n. 47/2017 dispone che «Si applicano le disposizioni del libro primo, titolo IX, del codice civile». Tale rinvio «per compatibilità» ha destato non pochi dubbi. In effetti, se l'istituto del tutore di matrice civilistica è essenzialmente ispirato esclusivamente alla logica patrimonialistica e in riferimento generico ai minori, la figura del tutore volontario viene intesa per un gruppo specifico con caratteristiche peculiari (i MSNA). Inoltre, l'operato del tutore volontario non si rinviene esclusivamente in riferimento alla sfera degli interessi patrimoniali, ma si sviluppa, attraverso costruzioni di relazioni multiformi, principalmente nella più ampia sfera della cura del minore straniero non accompagnato. Cfr. L. LENTI, *Note critiche sull'istituto della tutela dei minorenni*, in *Fam. dir.*, 2/2017, 198 ss.; R. SENIGAGLIA, *Considerazioni critiche ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Jus Civile*, 6/2017, 710 ss.

diventa destinatario della comunicazione circa l'eventualità di espletare esami sociosanitari per stabilirne l'età e del risultato degli stessi. La comunicazione del provvedimento dell'accertamento dell'età, a sua volta, va portata a conoscenza del tutore e sarà compito di quest'ultimo, poi, informare il minore della possibilità di proporre reclamo. In quest'ultima ipotesi, il tutore deve rendere edotto il tutelato della facoltà di nominare un legale di fiducia e del diritto riconosciutogli di ricorrere al gratuito patrocinio a spese dello Stato in tutti i procedimenti in cui egli, a qualsiasi titolo, sia coinvolto<sup>35</sup>.

Sempre al tutore volontario nominato sono demandati i delicati compiti relativi alla domanda di protezione internazionale, prevedendo l'art. 19, c. 1, che tale richiesta possa essere presentata anche direttamente dal tutore nel migliore interesse del minore, qualora, all'esito della valutazione della storia personale del minore svolta dal tutore, tale richiesta risulti opportuna. In quanto esercente funzioni di cura e di rappresentanza del MSNA, il tutore, non solo deve essere presente nelle riunioni della Commissione territoriale, ma segue le procedure del rinnovamento del permesso di soggiorno anche nella fase di transizione verso la maggiore età<sup>36</sup>. Trattasi, dunque, di una figura centrale nel sistema di protezione dei diritti spettanti al MSNA, con compiti di agire e rappresentare in giudizio il minore e, al contempo, di diventare il suo punto di riferimento tanto all'interno del sistema di accoglienza, quanto riguardo ai rapporti che coinvolgono altre istituzioni e autorità. Spetta al tutore, in effetti, attivarsi per l'iscrizione e la supervisione scolastica del minore nonché per l'attività professionale<sup>37</sup>. Dall'incrocio positivo di tali percorsi, poi, dipenderà anche il rinnovo del titolo di soggiorno nel momento della transizione verso la maggiore età. E sempre attraverso la figura del tutore volontario, infine, il MSNA può far valere i suoi diritti in caso di prestazioni e servizi socioassistenziali, sanitari e previdenziali.

##### *5. Il "sistema" dei diritti dei MSNA: il diritto fondamentale all'istruzione quale perno per il godimento degli altri diritti fondamentali*

Chiariti, pertanto, i meccanismi e le figure predisposte per la tutela e l'esercizio dei diritti dei MSNA, si possono analizzare più da vicino i diritti espressamente riconosciuti dalla l. n. 47/2017.

Ai MSNA viene riconosciuto il diritto alla difesa, all'ascolto e di partecipazione a tutti i procedimenti amministrativi e giudiziari che li riguardano<sup>38</sup>. Per garantire l'espletamento corretto di tali diritti, l'art. 16 stabilisce che il minore straniero non accompagnato, coinvolto a qualsiasi titolo in un procedimento giurisdizionale, ha diritto di essere informato dell'opportunità di nominare un legale di fiducia ed ha diritto al gratuito patrocinio in base alle disposizioni vigenti. Il successivo art. 18 estende tale possibilità anche ai MSNA richiedenti protezione internazionale. Nello svolgimento di tali diritti, oltre al rappresentante legale, viene altresì assicurata la presenza di un mediatore culturale. L'obiettivo di tutela è ulteriormente rafforzato riconoscendo anche alle associazioni iscritte nel registro di cui all'art. 42 t.u.i. e successive modifiche, di intervenire nei giudizi riguardanti i MSNA e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi<sup>39</sup>. L'ultimo comma dell'art. 16 autorizza la spesa di 771.470 euro annui per l'attuazione del diritto

---

<sup>35</sup> Art 76, c. 4-*quater*, d.p.r. n. 115/2002.

<sup>36</sup> Così come rispettivamente previsto dall'art. 13 del d.lgs. n. 25/2008 e dall'art 6, c. 3, della l. n. 47/2017.

<sup>37</sup> Cfr. A. THIENE, *Minori stranieri non accompagnati. Compiti e responsabilità del tutore volontario entro e oltre la scuola*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, vol. 10, 15-16/2018, 111 ss.; C. BIANCONI, *I diritti e i doveri del tutore, la responsabilità*, in AA.VV., *Tutori volontari di minori stranieri non accompagnati. Materiali per l'informazione e la formazione*, a cura di J. Long, Milano 2018, 147 ss.

<sup>38</sup> L'art. 15 della l. n. 47/2017 assicura al MSNA il diritto di partecipare per mezzo di un suo rappresentante legale a tutti i procedimenti giurisdizionali e amministrativi che lo riguardano e di essere sempre ascoltato nel merito. Nello svolgimento di tale diritto, oltre al rappresentante legale, viene altresì assicurata la presenza di un mediatore culturale. *Amplius* M. GAMBINI, *Il diritto all'ascolto del minore «vulnerabile»*, in AA.VV., *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, a cura di L. Corazza e M. Della Morte, Napoli 2018, 143 ss.

<sup>39</sup> Art. 19, l. n. 47/2019.

all'assistenza legale. Come è stato osservato, pur se con una formulazione contorta (in quanto consente al MSNA «di avvalersi del gratuito patrocinio a spese dello Stato»), posta l'eccezione per i minori vittime di tratta, la previsione da ultimo richiamata «è l'unica che prevede uno stanziamento di somme per la realizzazione in concreto del diritto riconosciuto al minore»<sup>40</sup>.

Ai MSNA viene riconosciuto il diritto alle cure e alla salute<sup>41</sup>. L'art. 34, c. 1, t.u.i., riconosceva solo ai titolari di regolare permesso di soggiorno l'iscrizione obbligatoria al servizio sanitario nazionale. Tale disparità di trattamento è stata eliminata, riconoscendo ora la l. n. 47/2017 l'accesso a tutte le prestazioni sanitarie a prescindere dalla regolarità del titolo di soggiorno<sup>42</sup>. La maggiore criticità in merito al godimento di tale diritto deriva dal fatto che spesso i MSNA si vedono negati le prestazioni sanitarie in caso di assenza del pagamento del ticket. Pur tenendo presente il limite delle risorse economiche già disponibili, al fine di garantire il pieno godimento di tale diritto, alcune Regioni hanno previsto, tramite delibere di giunta regionale<sup>43</sup>, l'esenzione del pagamento del ticket per i MSNA che necessitano prestazioni sanitarie specialistiche eseguibili tanto in strutture pubbliche che private.

Viene poi riconosciuto ai MSNA il diritto allo studio comprensivo della scuola dell'obbligo (art. 14, cc. 3-4). Diritto quest'ultimo, che risulta essere di un'importanza cruciale per le prospettive di vita del minore in territorio italiano. In effetti, è proprio il percorso di studi che delinea l'orizzonte delle attività volte a consentirne la regolarità della permanenza al raggiungimento della maggiore età. Basti in effetti pensare che, solo attraverso il percorso di studi e formazione seguiti, il minore potrebbe intraprendere una adeguata attività lavorativa, giungendo, pertanto, all'autonomia nel momento di passaggio alla maggiore età. Altresì, nel momento di transito verso la maggiore età, la prosecuzione del percorso di studi costituisce una possibile causa per la conversione del titolo di soggiorno. Più in generale, poi, come ha specificato in una recente pronuncia il giudice di legittimità, la dimostrazione di un «livello di integrazione socio-lavorativa nel paese di accoglienza» costituisce il criterio attraverso il quale si debba decidere anche in merito al rimpatrio dello straniero<sup>44</sup>. E in effetti, se, come sopra specificato, nel decidere sul «proseguo amministrativo» il Tribunale dei minorenni deve tenere conto del percorso di integrazione seguito dal MSNA, va da sé che è proprio il diritto all'istruzione e formazione che definisce l'intero orizzonte dell'integrazione.

Quanto viene idealmente previsto nell'ambito della formulazione che riconosce il diritto all'istruzione e formazione si pone, pertanto, alla base dell'ispirazione di altri diritti riconosciuti, garantendo e offrendo certezza per l'espletamento degli stessi. Di conseguenza, è dal corretto esercizio di tale diritto che rimane legata la possibilità di godere di una vasta gamma di altri diritti riconosciuti ai minori stranieri soli. Gli altri diritti, dunque, si fondano e si giustificano nel corretto esercizio del diritto fondamentale all'istruzione e alla formazione.

I cc. 3 e 4 dell'art. 14 codificano il diritto all'istruzione del MSNA, già previsto per tutti i minori stranieri dall'art. 38 t.u.i.<sup>45</sup>, garantendo in maniera unitaria il diritto all'educazione, allo studio e alla

---

<sup>40</sup> T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati*, cit., 53.

<sup>41</sup> Va tenuto in considerazione che l'art. 35 del d.lgs. 286/1998 prevede che sia assicurata la tutela della salute del minore in esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 27 maggio 1991, n. 176.

<sup>42</sup> Aggiungendo una nuova lett. *b-bis*) al c. 1 dell'art. 34 t.u.i., l'art. 14, c. 1, della l. n. 47/2017 garantisce l'iscrizione al servizio sanitario nazionale a tutti i MSNA subito dopo il loro rintraccio nel territorio nazionale, offrendo parità di trattamento per tutti i MSNA, pertanto, anche nelle more del rilascio del titolo di soggiorno.

<sup>43</sup> Come ad esempio la Regione Emilia-Romagna, con delibera di Giunta n. 1036/2009 e la Regione Calabria, il cui Garante ha stipulato appositi Protocolli d'intesa con le aziende sanitarie provinciali. Per approfondimenti sul diritto alla salute dei MSNA, G.A. GIUFFRÈ, *Il diritto alla salute e all'assistenza sanitaria dei minori stranieri non accompagnati*, in AA.VV., *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, cit., 177 ss.

<sup>44</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 23 febbraio 2018, n. 4455. Pur esprimendosi sul riconoscimento della protezione umanitaria (fattispecie, che con l'entrata in vigore del "decreto sicurezza" non è più prevista), l'enunciato della Suprema Corte rimane di importanza cruciale circa i parametri ermeneutici che influiscono sulla concessione del titolo di soggiorno regolare.

<sup>45</sup> L'art. 38 t.u.i. stabilisce che «I minori stranieri presenti sul territorio sono soggetti all'obbligo scolastico; ad essi si applicano tutte le disposizioni vigenti in materia di diritto all'istruzione, di accesso ai servizi educativi, di partecipazione alla vita della comunità scolastica».

formazione<sup>46</sup>. Come noto, il diritto all'istruzione trova un suo riconoscimento tanto a livello internazionale che sovranazionale, quale diritto universale e, pertanto, fondamentale<sup>47</sup>. Come tale, dunque, esso rimane scollegato dalla condizione giuridica dei soggetti (cittadini, stranieri, regolari o irregolari) e viene protetto dalla obbligatorietà e dalla gratuità dell'istruzione elementare. Una visione, questa, recepita anche dalla Costituzione laddove l'art. 34 afferma che «La scuola è aperta a tutti», prevedendo, tra le altre, l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione elementare, intrecciando il tutto con i principi di solidarietà ed eguaglianza sostanziale. Come noto, poi, il vecchio obbligo scolastico previsto fino al compimento dei 15 anni – e, pertanto della durata complessiva di 8 anni come originariamente previsto dall'art. 34 Cost. -, con l'art. 1 della l. n. 4/1999 è stato trasformato nel diritto all'istruzione e formazione fino ai 18 anni<sup>48</sup>. Ai minori stranieri soli, pertanto, a prescindere dalla regolarità della posizione in ordine al loro soggiorno, viene riconosciuto il diritto di fruire dell'intero sistema educativo, partendo dalla scuola dell'infanzia fino al completamento della scuola superiore di secondo grado<sup>49</sup>.

Vista l'importanza del diritto all'istruzione per il percorso futuro del MSNA, si stabilisce espressamente che, sin dal momento dell'inserimento nelle strutture di accoglienza, le Istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e le istituzioni formative accreditate dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e Bolzano dovranno attivare misure per favorire l'assolvimento dell'obbligo scolastico e formativo. Nell'assolvere tale compito, le predette istituzioni possono predisporre anche progetti specifici, nonché promuovere programmi di apprendistato. In funzione di semplificazione delle pratiche burocratiche, inoltre, viene altresì previsto che i titoli che attestano la conclusione dei percorsi di studio vanno rilasciati anche nel caso in cui il MSNA giunga alla maggiore età durante il ciclo scolastico.

In conformità all'inquadramento delle modalità tramite le quali possono essere fatte valere i diritti riconosciuti ai MSNA, le *Linee guida per il diritto allo studio delle alunne e degli alunni fuori dalla famiglia di origine*, adottate l'11 dicembre 2017 dal MIUR e dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, rafforzano la necessaria dimensione relazionale delle diverse figure coinvolte. Così, se le Scuole vengono investite in modo ufficiale del ruolo di adottare percorsi specifici per i più vulnerabili fino al raggiungimento della maggiore età, spetta al tutore volontario coordinare le diverse figure a vario titolo coinvolte (dirigenti scolastici, insegnanti, mediatori) al fine di far convergere il loro operato nel miglior interesse del minore. La domanda di iscrizione a scuola, congiuntamente con il provvedimento di nomina del tutore e delle certificazioni delle vaccinazioni obbligatorie effettuate, può essere presentata dal tutore per chiedere, in ogni momento dell'anno, l'inserimento scolastico del MSNA<sup>50</sup>. A prescindere dal livello di competenza linguistica, salvo che per motivi particolari, il Collegio dei docenti non delibera l'iscrizione ad una classe diversa, in base all'età anagrafica e tenuto conto della preparazione e delle competenze, il MSNA ha diritto di essere inserito

---

<sup>46</sup> Sul diritto di istruzione, di educazione, di studio e di formazione, v. fra gli altri U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973, 100 ss.

<sup>47</sup> La prima consacrazione del diritto all'istruzione quale diritto fondamentale a livello internazionale è avvenuta nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, il cui art. 26, nel riconoscerlo «ad ogni uomo», definisce i connotati di un diritto universale e, pertanto, fondamentale. La natura universale e fondamentale del diritto all'istruzione, poi, viene ribadita anche dall'art. 13 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966; dagli artt. 28 e 29 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo. In maniera emblematica l'art. 2 del prot. addizionale CEDU stabilisce che «Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno»; l'importanza del diritto all'istruzione viene ribadita anche dall'art. 14 CDFUE.

<sup>48</sup> Sull'art. 34 Cost., v. *amplius*: A. POGGI, *Art. 34*, in *Commentario alla Costituzione*, I, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006, 699 ss.

<sup>49</sup> Il dibattito circa la necessità di regolare titolo di soggiorno, al fine dell'iscrizione nel sistema scolastico previsto nelle circolari di alcuni Comuni, si è risolto ritenendo discriminatoria e illegittima tale previsione: Trib. Milano, ord. 11 febbraio 2008, in *Minorigiustizia*, 4/2008, 338 ss.

<sup>50</sup> In base a quanto previsto dall'art. 45 del d.p.r. n. 394/1999, che stabilisce che l'inserimento può avvenire in ogni momento dell'anno scolastico e non può essere rifiutato.

nelle normali classi miste<sup>51</sup>. Sarà sempre cura del tutore seguire l'*iter* di inserimento del fanciullo e mantenere un dialogo costante con il corpo docenti. Tenendo presente che la diversità dei Paesi di provenienza si traduce necessariamente anche in una diversità identitaria e religiosa, al MSNA che ha raggiunto una determinata maturità viene riconosciuto il diritto di scegliere liberamente se seguire o meno l'insegnamento della religione cattolica<sup>52</sup>.

Proprio in prospettiva di regolarità e di integrazione, al momento del raggiungimento della maggiore età viene prevista la possibilità che i percorsi scolastici vengano ibridati con quelli formativi tramite Convenzioni per promuovere programmi di apprendistato. Tuttavia, nello spirito della "legge Zampa" tali percorsi devono essere attivati al momento dell'inserimento del MSNA nella struttura di accoglienza che, a tal proposito, predispone progetti specifici (PEI). Accanto all'inserimento familiare, il sistema di accoglienza veniva rappresentato dal c.d. sistema SPRAR (sistema di protezione per richiedenti asilo, rifugiati e minori stranieri non accompagnati) che, improntato alla c.d. "accoglienza diffusa", prevedeva percorsi di integrazione, anche per i MSNA fino al raggiungimento della loro autonomia. Come noto, l'art. 12, c. 1, lett. *d*) del "decreto sicurezza" sostituisce il sistema SPRAR con l'attuale SIPROIMI (sistema di protezione per titolari protezione internazionale e minori stranieri non accompagnati). In quest'ultimo si prevede unicamente la presenza di centri di prima accoglienza (art. 12, c. 2, lett. *h*) all'interno delle quali, secondo quanto previsto dal "decreto sicurezza", non possono essere svolte attività di integrazione socio-assistenziale<sup>53</sup>. Le novità introdotte, pertanto, sopprimono i percorsi di integrazione previsti dal sistema previgente all'entrata in vigore del "decreto sicurezza". Con una disposizione transitoria (art. 12, c. 5-*bis*), viene stabilito che al compimento della maggiore età, i MSNA rimangano nel Sistema di protezione fino alla definizione della domanda di protezione internazionale. Tuttavia, se l'esito della definizione della domanda di protezione internazionale dipende anche dal raggiungimento dell'autonomia del minore divenuto maggiorenne, va da sé che la cancellazione dei percorsi di integrazione produce molteplici ripercussioni. Inoltre, se come noto, quello dell'istruzione è un diritto sociale, e pertanto, "costoso", nel caso dei MSNA – pur prevedendo che, nell'assolvere il compito assegnatole, le Regioni e le Province di Trento e Bolzano possono predisporre anche progetti specifici, nonché promuovere programmi di apprendistato e previsioni che lo disciplinano – si sottolinea che il tutto deve avvenire con «il limite delle risorse già disponibili» e comunque «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» (art. 14, c. 3).

#### 6. Oltre il riconoscimento dei diritti: il limite delle risorse economiche disponibili

L'approvazione della l. n. 47/2017, come si è cercato di evidenziare, rappresenta un lodevole passo in avanti nella protezione dei MSNA. Si tratta, infatti, di una disciplina unitaria e organica, interamente dedicata ai MSNA, che può costituire un modello anche per altri ordinamenti europei. Partendo dal riconoscimento della maggiore vulnerabilità del minore straniero solo, in effetti, vengono riconosciuti garanzie e diritti in modo paritario ai minori di età cittadini italiani e dell'Unione europea, ivi prevedendo un *favor minoris* che dovrebbe indirizzare la gamma delle misure previste verso la formazione di condizioni del preservamento della condizione di regolarità al raggiungimento della maggiore età. Non poche, tuttavia, sono le ripercussioni delle misure introdotte dal "decreto sicurezza" che, pur se non direttamente indirizzate ai MSNA, incidono in modo irreversibile sulla futura permanenza regolare in territorio italiano, una volta compiuta la maggiore età. In tal senso, le

---

<sup>51</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 45, c. 2, d.p.r. n. 394/1999 e dalle citate *Linee guida per il diritto allo studio delle alunne e degli alunni fuori dalla famiglia di origine*.

<sup>52</sup> Diritto, questo, espressamente accordato dall'art. 1 della l. n. 281/1986.

<sup>53</sup> Sul punto, cfr. S. CENTONZE, *Emergenza immigrazione. D.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in l. 1 dicembre 2018, n. 132*, Milano 2019, 141 ss.; M. GIOVANNETTI, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto di protezione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2019, 1 ss.

misure previste nel d.l. n. 113/2018, come si è potuto osservare, per certi versi interrompono quell'evoluzione della disciplina culminata con la l. n. 47/2017. Se quest'ultima mirava, anche se solo idealmente, all'inserimento dello straniero divenuto maggiorenne nel tessuto sociale italiano<sup>54</sup>, come tra l'altro ai evince anche dall'art. 13, rubricato «Misure di accompagnamento verso la maggiore età e misure di integrazione di lungo periodo», il “decreto sicurezza” provoca un cortocircuito, facendo regredire il tutto all'originario approccio volto a fornire mera assistenza per i MSNA.

Come si è avuto modo di osservare nella presente ricerca, la gamma dei diritti riconosciuti ai MSNA si inserisce all'interno di uno schema relazionale tra varie figure, che, nelle diverse fasi della vita del minore straniero solo in territorio italiano, svolgono funzioni diversificate per tutelare e rendere effettivo l'esercizio dei diritti medesimi. In riferimento all'esercizio effettivo di quest'ultimi – visto che il corretto esercizio di uno si pone come fondamento e giustificazione di altri – si tratta più che altro di un *sistema* di diritti. E la forza gravitazionale del sistema viene rappresentata proprio dal diritto all'istruzione e formazione.

All'impianto di diritti e garanzie riconosciute, tuttavia, in svariate disposizioni si contrappone, in maniera esplicita, il limite delle risorse umane, finanziarie e strumentali, disponibili nella legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. In maniera emblematica, in effetti, l'art. 21, c. 3, stabilisce che «Dall'attuazione della presente legge, a accettazione delle disposizioni di cui all'art. 16 e all'articolo 17, comma 3, non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».

Il tutto si ripercuote in maniera rovinosa sui meccanismi ideati per rendere effettivo l'esercizio dei diritti riconosciuti. Se, in effetti, come si è cercato di evidenziare, il tutore volontario costituisce l'imprescindibile figura tramite la quale il MSNA esercita i diritti che gli sono riconosciuti, pur essendo il tutore stesso soggetto ad una adeguata formazione, selezione e iscrizione in apposite liste, il suo operato è gratuito. La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi su tale aspetto, ha escluso anche il solo rimborso delle spese<sup>55</sup>. Tuttavia, come ha sottolineato anche l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza<sup>56</sup>, visto il difficile compito che il tutore volontario è chiamato ad assolvere, la gratuità delle prestazioni finisce per funzionare come principale deterrente.

Lo stesso dicasi anche in riferimento ai percorsi di formazione diretti all'inserimento lavorativo. Gli specifici programmi di apprendistato che si debbono attivare rimangono soggetti al «limite delle risorse già disponibili» e comunque devono essere «senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» (art. 14, c. 3).

Il vincolo delle risorse economiche disponibili, dunque, tradotto nella mancata previsione di risorse aggiuntive e, pertanto, soggetto ai vincoli di bilancio, si pone come un limite anche allo stesso «superiore interesse del minore»<sup>57</sup>, rischiando così di minare lo spirito della l. n. 47/2017. «Il miglior interesse del minore» finisce così per costituire solo in maniera ipotetica l'orizzonte assiologico della normativa italiana sui MSNA.

In base alla normativa vigente, l'attuazione dei diritti riconosciuti ai MSNA dipende esclusivamente da quella che è stata definita la solidarietà «fraterna», operante, pertanto, sul solo piano orizzontale, ossia tra i cittadini. Dalle previsioni relative al limite delle risorse finanziarie, invece, deriva la totale eclissi, in tale ambito, della c.d. solidarietà «pubblica» (o «paternalista») che opera nei rapporti tra Stato e singoli cittadini<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Cfr. A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9/2017, 1300 ss.

<sup>55</sup> [Sent. n. 218/2018](#).

<sup>56</sup> A. DI PASCALE - C. CUTTITTA, *La figura del tutore volontario dei minori stranieri non accompagnati nel contesto delle iniziative dell'Unione europea e della normativa italiana* in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 1/2019, 1 ss.

<sup>57</sup> Come è stato osservato, il vincolo di bilancio non può imporre la propria tirannia rispetto alle esigenze di protezione dei diritti. In tal senso, L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, 137 ss.; ne sottolinea le ricadute sul *best interest of the children*, che rischiano di renderlo «una scatola vuota, un inutile ingombro» A. THIENE, *Minori stranieri non accompagnati*, cit., 10.

<sup>58</sup> Sul punto, per tutti, cfr. S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1/1996, 10 ss. e V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivista AIC*, 2.07.2010, 10 ss.; sottolinea, invece, la natura



Tuttavia, non si può fare a meno di notare che, trattandosi di minori soli, è esclusa qualsiasi gerarchia derivante dal requisito della cittadinanza. Per definizione, il minore di età, non essendo titolare di diritti politici, non può incidere in alcun modo sui diritti sociali che gli sono riconosciuti<sup>59</sup>. Nel caso dei MSNA, poi, in quanto stranieri e soli, si esclude anche un'incidenza indiretta che potrebbe derivare dall'esercizio dei diritti politici da parte dei rispettivi genitori. In effetti, partendo dalla loro maggiore vulnerabilità, il legislatore esplicita la parità del godimento dei diritti con quei minori che hanno la cittadinanza italiana o di uno Stato UE. Parità che, in conformità al principio di eguaglianza sostanziale *ex art. 3, c. 2, Cost.*, si esplica attraverso misure positive implicitamente ricomprese nei diritti specifici loro riconosciuti. Tali, ad esempio, sono le previsioni riguardanti la figura del tutore volontario, del mediatore culturale, di percorsi specifici di apprendistato e di modalità di formazione da eseguirsi all'intero del percorso di integrazione. Se, come è stato sottolineato, la solidarietà orizzontale e quella verticale costituiscono «espressioni del medesimo principio di solidarietà»<sup>60</sup>, la prima non può sostituirsi *in toto* alla seconda. L'adempimento dei doveri «inderogabili di solidarietà politica, economia e sociale» richiamati dall'art. 2 Cost. richiede alla Repubblica un intervento promozionale tramite il quale lo Stato destina «risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni» (art. 119, c. 5, Cost.).

Posto le restrizioni derivanti ai diritti dei MSNA a seguito delle novità introdotte dal “decreto sicurezza”, anche lo stesso quadro tratteggiato dalla l. n. 47/2017 risulta essere confuso e dagli sviluppi incerti. Quello delle risorse disponibili non è un problema secondario per le esigenze di effettività dei diritti sociali. Trattandosi di minori stranieri soli, la limitatezza delle risorse economiche disponibili deve essere necessariamente superata attraverso un intervento dei pubblici poteri utili a rimuovere gli ostacoli di carattere economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Solo così, quanto per ora è (solo) idealmente previsto dalla normativa italiana sui diritti dei MSNA può trovare concreta applicazione.

### 7. Riferimenti bibliografici essenziali

AA.VV., *La protezione dei minori non accompagnati al centro del dibattito europeo ed italiano*, a cura di A. Annoni, Napoli 2018; ASGI, *Quali percorsi per i minori non accompagnati in seguito all'abrogazione del permesso per motivi umanitari? Scheda per i tutori e gli operatori che seguono minori non accompagnati (aggiornata al 12.12.18)* disponibile in <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/12/Scheda-Percorsi-dei-MSNA-in-seguito-allabrogazione-del-permesso-per-motivi-umanitari.pdf>; F. ALBANO, *Minori stranieri non accompagnati nella prospettiva dell'autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*, in *Minorigiustizia*, 3/2017; C. BIANCONI, *I diritti e i doveri del tutore, la responsabilità*, in AA.VV., *Tutori volontari di minori stranieri non accompagnati. Materiali per l'informazione e la formazione*, a cura di J. Long, Milano 2018; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli 2005; Id., *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018; C. BONIFAZI - P. DEMURTAS, *I minori stranieri non accompagnati: dimensioni e caratteristiche nello scenario europeo e italiano*, in *Minorigiustizia*, 3/2017; T. BRUNO, *I minori stranieri non accompagnati. Analisi ragionata della L. 7 aprile 2017, n. 47*, Piacenza 2017; L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in

---

normativa del principio di solidarietà «disconoscendo la quale si finirebbe inevitabilmente con il privare di efficacia giuridica buona parte (se non tutte) le disposizioni costituzionali più pregnanti» A. MORELLI, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in *Consulta Online*, III/2018, 539.

<sup>59</sup> Sul punto si rinvia a R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, 9 ss. Lo stesso A., peraltro, già in un suo precedente scritto (*Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli 2005, 345 ss.), ha posto in evidenza come «il nodo della rappresentanza» dei soggetti titolari dei diritti (o dei loro rappresentanti) consente il pieno riconoscimento agli stessi anche dei diritti sociali.

<sup>60</sup> Cfr. F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso e J. Luther, Torino 2007, spec. 31 ss.

*Costituzionalismo.it*, 3/2015; C. CASCONI, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/2017 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci e ombre*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2/2017; S. CENTONZE, *Emergenza immigrazione. D.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. in l. 1 dicembre 2018, n. 132*, Milano 2019; A. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9/2017; E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della "nuova" procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della l. 47/2017*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2017; A. DI PASCALE - C. CUTTITTA, *La figura del tutore volontario dei minori stranieri non accompagnati nel contesto delle iniziative dell'Unione europea e della normativa italiana* in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2019; S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1/1996; M. GAMBINI, *Il diritto all'ascolto del minore «vulnerabile»*, in AA.VV., *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, a cura di L. Corazza e M. Della Morte, Napoli 2018; M. GIOVANNETTI, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto di protezione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1/2019; F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso e J. Luther, Torino 2007; G.A. GIUFFRÈ, *Il diritto alla salute e all'assistenza sanitaria dei minori stranieri non accompagnati*, in AA.VV., *Fenomeni migratori*, cit.; T. GUARNIER, *La condizione giuridica dei minori stranieri non accompagnati in Italia: inadeguatezze e rischi del sistema di accoglienza*, in AA.VV., *Temi attuali sui diritti sociali in un'ottica multidisciplinare*, a cura di M.C. De Cicco e A. Latino, Napoli 2016; L. LENTI, *Note critiche sull'istituto della tutela dei minorenni*, in *Fam. dir.*, 2/2017; O. LUPO, *Disposizioni a favore dei minori*, in AA. VV., *Codice degli stranieri commentato. Testo unico dell'immigrazione spiegato articolo per articolo e annotato con la giurisprudenza*, a cura di U. Terracciano e O. Lupo, Santarcangelo di Romagna 2011; A. MORELLI, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in *Consulta Online*, III/2018; P. MORI, *Prefazione*, in AA.VV., *La protezione dei minori non accompagnati*, cit.; P. MOROZZO DELLA Rocca, *Gli interventi a protezione dei minori stranieri o appartenenti a gruppi minoritari*, in AA.VV., *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. Lenti (nel *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di P. Zatti), Milano 2012; Id., *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, in AA.VV., *Immigrazione, asilo e cittadinanza. Discipline e orientamenti giurisprudenziali*<sup>3</sup>, a cura dello stesso, Santarcangelo di Romagna 2018; A. POGGI, *Art. 34*, in *Commentario alla Costituzione*, I, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino 2006; U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano 1973; V. TONDI DELLA Mura, *La solidarietà fra etica ed estetica*, in *Rivista AIC*, 2.07.2010; R. Senigaglia, *Considerazioni critico ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Jus Civile*, 6/2017; A. THIENE, *Il tutore volontario finalmente protagonista nella vita dei minori stranieri non accompagnati*, in AA.VV., *La protezione dei minori non accompagnati*, cit.; EAD., *Minori stranieri non accompagnati. Compiti e responsabilità del tutore volontario entro e oltre la scuola*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, vol. 10, 15-16/2018; S. PENASA, *L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati: quali garanzie? Un'analisi comparata e interdisciplinare*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 2/2019, 1 ss.

**Antonio Ruggeri**  
**Costituzione e formazioni sociali: modello ed esperienze a confronto**  
**(note minime, introduttive ad un dibattito)\***

SOMMARIO: 1. *Prima questione*: fin dove può spingersi un discorso teorico unitario sulle formazioni sociali senza forzare i tratti peculiari di ciascuna di esse? – 2. *Seconda questione*: qual è il modo giusto di porsi alla ricerca delle trasformazioni che hanno interessato le formazioni sociali di specifico rilievo costituzionale e quale il metodo e il criterio (o i criteri) alla cui luce far luogo a siffatto riscontro? – 3. È corretto assumere che partiti politici e sindacati siano andati (e vadano) soggetti ad un profondo rivolgimento interno, diversamente ad es. dalle confessioni religiose, e quali ne sono le ragioni? – 4. Quando l'autonomia si è tradotta, secondo la sua originaria e genuina funzione, in un fattore di crescita per i soggetti che ne sono dotati, nonché in un servizio reso alla collettività, e quando invece si è rivolta contro se stessa: confessioni religiose, enti territoriali (con particolare riguardo alle Regioni), istituzioni universitarie a confronto. – 5. Sviluppo scientifico-tecnologico e formazioni sociali: le profonde trasformazioni alle quali è andata (e va) soggetta la famiglia. – 6. *Terza questione*: i rapporti intercorrenti tra i singoli e le formazioni sociali di appartenenza, ovverosia quando gli uni e le altre si danno mutuo sussidio e quando invece entrano in conflitto e come quest'ultimo vada risolto. – 7. Due succinte notazioni finali, a riguardo del rapporto di mutuo condizionamento che si intrattiene tra *regole* e *regolarità* e del bisogno di una rinnovata disciplina costituzionale delle formazioni sociali.

1. *Prima questione: fin dove può spingersi un discorso teorico unitario sulle formazioni sociali senza forzare i tratti peculiari di ciascuna di esse?*

Fare il punto sullo stato di salute del pluralismo sociale equivale a tornare ad osservare la struttura stessa della comunità organizzata, verificare la tenuta dei punti di cui si compone la trama del tessuto sociale, se hanno subito uno sfilacciamento ovvero se col passare del tempo si presentano ancora più saldi di come fossero al momento della originaria tessitura della trama stessa: significa, a conti fatti, tornare ad interrogarsi sulla evoluzione o, a seconda dei punti di vista, involuzione dello stesso *idem sentire de re publica* attorno a valori fondamentali omnicondivisi.

Un'impresa praticamente titanica, quella che parrebbe presentarsi agli occhi di chi si accinge ad intraprenderla, con ogni probabilità impossibile da portare a termine con il dovuto approfondimento delle non poche ed impegnative questioni di ordine teorico che al riguardo si pongono, ciascuna delle quali, a seconda della soluzione ricostruttiva prospettata, appare essere gravida di non poche (e non poco rilevanti) implicazioni di natura istituzionale.

Di sicuro, chi ha organizzato questo incontro non si è prefisso un obiettivo così ambizioso; il solo fatto, però, di aver scelto questo tema come oggetto di un corale confronto tra studiosi sensibili e accreditati è stato (ed è), a mio modo di vedere, una scelta felice, promettente ulteriori indagini di tipo specialistico che potranno essere avviate sulle basi degli esiti del confronto stesso.

Pongo qui tre questioni tra le molte meritevoli di attenzione, avvertendo che su ciascuna di esse sono più i dubbi che dentro di me coltivo dei punti che credo possano considerarsi ormai in modo fermo fissati, con l'augurio che possa riuscire attorno ad essi a farsi almeno in parte chiarezza.

La prima ha carattere metodico-teorico; ed è riassumibile in questo quesito: fino a che punto è possibile far luogo ad un discorso unitario, generale, sulle formazioni sociali, quanto meno con riguardo a quelle costituzionalmente previste, e da che punto in avanti, invece, i tratti tipici di ciascuna di esse non consentono più la loro *reductio ad unum* e la comune descrizione ricorrendo alle medesime categorie teoriche? Prendendo a prestito l'immagine usuale fornita dalla teoria degli insiemi, si tratta perciò di stabilire quanta parte delle formazioni in parola s'inscrive all'interno del

---

\* Lo scritto riproduce, con il tono colloquiale della sua esposizione, un intervento svolto all'inizio dei lavori della prima sessione del Convegno su *Ripensare o "rinnovare" le formazioni sociali? Legislatori e giudici di fronte alle sfide del pluralismo sociale nelle democrazie contemporanee*, a cura di A. Ciancio, Catania 24-25 maggio 2019.

cerchio che tutte le comprende e quant'altra invece rimanga estranea allo stesso. Ho l'impressione che non sia affatto agevole dare una risposta fino in fondo persuasiva alla domanda, tanto se la stessa è ambientata al piano teorico-astratto, ragionando dunque sui lineamenti del modello costituzionale, quanto (e, forse, più ancora) se si guarda all'esperienza venuta a maturazione nel periodo, ormai lungo, che ci separa dalla venuta alla luce dello stesso: un'esperienza che appare in molte sue parti confusa, oscillante, ad oggi sotto più aspetti indefinita, specie con riguardo a talune formazioni sociali che – come si vedrà in estrema sintesi a momenti – più di altre sono state (e sono) sottoposte alla complessiva riconformazione della loro stessa struttura, che più insomma hanno cambiato volto e che sono, dunque, attraversate da una crisi d'identità ad oggi dagli imprevedibili esiti.

Ciò posto, a me pare che si debba muovere dall'assunto che v'è un "nucleo duro" comune ad ogni formazione sociale, perlomeno secondo modello, e si tratta quindi di stabilire se esso resista ancora oggi a talune vigorose tendenze affermatesi nell'esperienza e in questa sempre di più radicate, che invero in parte parrebbero darne conferma e in parte però si manifestano nel segno di una sua graduale e crescente erosione. In uno Stato costituzionale e pluralista, quale quello voluto dai Costituenti per la neonata Repubblica, tratti generalissimi comuni a tutte le formazioni sociali sono, oltre alla pluralità dei soggetti che le compongono ed al fine (o all'insieme dei fini) che ne giustifica la esistenza, in primo luogo, l'*autonomia*, qui intesa in larga accezione, quale attitudine all'autoregolazione, e che rileva tanto sul versante interno alle stesse (traducendosi, in buona sostanza, nell'autoorganizzazione) quanto su quello delle loro proiezioni esterne (nei rapporti sia *inter se* che con altri enti); in secondo luogo, la *partecipazione*, essa pure idonea a rilevare sui due versanti suddetti, risolvendosi nell'autogoverno (espressione che qui intendo in senso largo) sia delle formazioni sociali che dell'intera collettività anche (e soprattutto) per il tramite delle stesse; in terzo ed ultimo luogo, la *valorizzazione e salvaguardia delle posizioni soggettive* all'interno delle formazioni stesse, tra le quali è da annoverare lo stesso diritto alla partecipazione suddetta: un tratto, quest'ultimo, che giustifica e sorregge la ragion d'essere delle formazioni che – come si sa – si costituiscono al fine dell'ottimale sviluppo della personalità di coloro che vi appartengono. È poi ovvio che i connotati in parola si rinvergono con tratti peculiari di ciascuna formazione (così, ad es., la partecipazione dei *fideles* in seno alle confessioni religiose, a motivo della natura propria di queste, non può aversi in forme neppure lontanamente paragonabili a quelle di cui si ha riscontro in seno ad una formazione "laica", quale un partito o un sindacato). Essi, nondimeno, non possono fare comunque difetto; ed è perciò su di essi che va fatta poggiare una unitaria ricostruzione teorica del pluralismo sociale.

2. Seconda questione: *qual è il modo giusto di porsi alla ricerca delle trasformazioni che hanno interessato le formazioni sociali di specifico rilievo costituzionale e quale il metodo e il criterio (o i criteri) alla cui luce far luogo a siffatto riscontro?*

La seconda questione, qui posta con specifico riguardo al tema sul quale siamo stati oggi chiamati a confrontarci, rimanda in realtà ad una generale questione relativa al modo (o ai modi) con cui far luogo al raffronto tra modello ed esperienza.

È chiaro che si rende necessario fissare le basi metodico-teoriche sulle quali condurre l'analisi; il che, poi, a conti fatti, equivale a chiedersi, in primo luogo, come procedere nella ricostruzione del modello; in secondo, come far luogo ad una fedele e – per quanto possibile – accurata descrizione e rappresentazione dell'esperienza; infine, come mettere in rapporto gli esiti di siffatte analisi. Una questione – come si vede – estremamente complessa, sol che si tenga a mente l'aureo insegnamento secondo cui la ricostruzione dei lineamenti del modello rimanda già all'esperienza, perlomeno nelle sue più marcate e consolidate espressioni (in quelle che altrove ho chiamato le "*regolarità*"), come pure, all'inverso, la osservazione dell'esperienza stessa muove ed è orientata (o, meglio, *preorientata*) da acquisizioni teoriche raggiunte ragionando sul modello. Ancora prima della *qualificazione* dell'esperienza (ad es., ricorrendo alla dicotomia classica validità/invalidità), la sua stessa

*osservazione* risente di condizionamenti di varia intensità, dei quali peraltro non di rado non si ha neppure piena consapevolezza.

Il vero è che modello ed esperienza si dispongono in circolo, ricaricandosi e variamente suggestionandosi a vicenda, al punto di rendersi talvolta impossibile la loro stessa distinzione. La qual cosa, poi, è alle volte testimoniata dai riferimenti fatti dal primo alla seconda, dalla circostanza per cui la disciplina normativa che dà luogo al primo espressamente dichiara di voler far propria la seconda, perlomeno in alcune sue espressioni. È ciò che, ad es., ad avviso di alcuni di noi si ha con riferimento alla famiglia, definita come “società *naturale*”, facendosi pertanto rimando con l’aggettivo non già a concezioni o modelli familiari risultanti dal c.d. “diritto naturale” bensì a ciò che essa è, in struttura e funzione, alla luce di una millenaria tradizione. Una tradizione, nondimeno, oggi – come si sa – animatamente discussa, da più parti e con varietà di argomenti contestandosi che resista ancora negli strati più profondi del corpo sociale e nelle ricostruzioni che *ab antiquo* se ne sono fatte, specie attingendo a strumenti d’indagine offerti da discipline diverse da quella giuridica, quali la sociologia, l’antropologia ed altre ancora. E il fatto stesso che la discussione sia in corso testimonia che non è affatto sicuro stabilire se e fino a che punto alcune trasformazioni dell’esperienza siano già pervenute ad un sufficiente grado di maturazione, al punto di richiedere quindi la messa in atto di misure volte a far convergere, se non pure a ricongiungere interamente, modello ed esperienza.

Non è qui possibile scendere in approfondimenti dello studio che richiederebbero sedi e spazi ad essi adeguati. Mi limito solo a rammentare che la convergenza in parola può alle volte prendere forma attraverso l’adattamento del modello all’esperienza (o, in breve, delle *regole* alle *regolarità*), altre volte invece all’inverso, tentandosi cioè di riportare – perlomeno fin dove sia materialmente possibile – la seconda al primo. Aggiungo solo che, a mia opinione, laddove sono in gioco diritti fondamentali della persona, in ispecie diritti nuovi (o nuovissimi) dei quali non si abbia esplicito riscontro in Costituzione, il loro riconoscimento – al pari, peraltro, di ciò che si ha con riguardo ai principi fondamentali dell’ordinamento in genere – richiede di far capo a quelle che ho altrove chiamato *consuetudini culturali di riconoscimento* degli stessi. Il modo più sicuro, cioè, per far luogo alla loro ricognizione è di attingere a quanto è racchiuso negli strati più profondi della struttura del corpo sociale, disvelandolo e facendone oggetto di opportuna “razionalizzazione”. Nulla di nuovo o di rivoluzionario, peraltro, v’è in questa indicazione metodico-teorica che – come mi sono sforzato di argomentare in altri luoghi – ci riporta al magistero del fondatore della scienza giuspubblicistica nel nostro Paese, V.E. Orlando, il quale poi a sua volta si rifaceva alla tradizione romanistica: una indicazione che ancora oggi è fatta propria da un’accreditata dottrina (part., P. Grossi) che assegna appunto al diritto in genere il compito di *disvelare*, non di *creare*, quanto è già avvertito nel corpo sociale.

Non saprei francamente dire (e, comunque, non posso qui verificare) se questo pensiero meriti di essere accolto fino in fondo ovvero se per il suo tramite si abbia una esasperata e radicale rappresentazione teorica della realtà; credo, però, che l’esito qui molto sommariamente indicato valga senz’altro per ciò che attiene alla “materia” costituzionale (anzi, al cuore pulsante della stessa, i diritti fondamentali appunto) alla cui composizione partecipa ciò che è largamente ed intensamente avvertito tra i consociati, non già ciò che è il frutto effimero di contingenti pulsioni soggettive, tanto più laddove se ne facciano interpreti solo individui o gruppi minoritari che non siano ancora riusciti a persuadere della bontà delle loro idee la maggior parte dei componenti la comunità organizzata.

3. È corretto assumere che partiti politici e sindacati siano andati (e vadano) soggetti ad un profondo rivolgimento interno, diversamente ad es. dalle confessioni religiose, e quali ne sono le ragioni?

Sta di fatto, ad ogni buon conto, che alcune trasformazioni sono esibite dall’esperienza in modo così evidente e marcato da non potersi mettere oggettivamente in discussione. Ci si può, sì, dividere circa le loro cause o i possibili sbocchi del processo in corso, non però sulla sussistenza e consistenza

dello stesso. È pur vero, poi, che la distanza tra l'originario disegno e l'esperienza è più lunga per alcune formazioni rispetto a quella di altre; e, naturalmente, ci si può (e deve) chiedere quali ne siano le ragioni, perché mai cioè con riguardo ad alcune di esse le trasformazioni in parola sembrano aver coinvolto la loro stessa struttura, mentre quanto ad altre parrebbero essersi fermate alla crosta delle stesse, senza portarsi in profondità. Ad es., i partiti politici, forse più di ogni altra formazione, sono radicalmente cambiati, mentre le confessioni religiose, proprio per il legame con il trascendente che ne dà la cifra identificante complessiva, sembrano avere meno risentito dello scorrere del tempo.

Indugio solo per un momento sull'esempio appena fatto per argomentare in estrema sintesi il giudizio ora espresso.

I partiti sono profondamente cambiati per la elementare ragione che è cambiata la rappresentanza, anzi – secondo una diffusa opinione – si è smarrita nel labirinto di un sistema istituzionale che ha in sé ben poco di... *sistematico*, una rappresentanza dunque afflitta da una crisi che parrebbe essere inarrestabile ed irrimediabile. In crisi è, in particolare, la democrazia rappresentativa (e, dunque, a conti fatti la democrazia *tout court*), rimpiazzata da una “*democrazia*” (*pseudo*)*diretta* (*rectius*, da una *oclocrazia*) che ha – come si sa – nei grandi mezzi di comunicazione e nel *web* la sede elettiva in cui si manifesta e da se medesima incessantemente si alimenta e rinnova.

Si badi. Non è solo il movimento cinque stelle a porsi quale la emblematica ed esasperata affermazione di questo autentico metodo di fare politica ancora fino a pochi anni addietro sconosciuto. Tutti i partiti e tutti i protagonisti della vita politica (e, più largamente, della vita istituzionale), in maggiore o minore misura, vi fanno ricorso. Anche gli organi di garanzia, a partire da quelli supremi, a quanto pare, danno prova di non poterne fare a meno (si pensi, ad es., alle esternazioni a getto continuo dei Presidenti della Repubblica, anche dei più cauti e prudenti, o ai comunicati stampa della Corte costituzionale, dei quali si è da qualche tempo a questa parte riscontrato un vertiginoso aumento numerico).

I grandi mezzi d'informazione e il *web* sono innegabilmente una risorsa preziosa della quale non può ormai più farsi a meno, ponendosi essi pure al servizio di individui e gruppi i cui bisogni possono grazie ad essi essere appagati in una misura un tempo impensabile. È pur vero però che, laddove se ne faccia un utilizzo distorto (e il rischio è particolarmente incombente proprio al piano in cui si svolgono le dinamiche politiche), può aversi il sostanziale – ora maggiore ed ora minore, e tuttavia pur sempre significativo – svuotamento del ruolo che è proprio delle sedi istituzionali, a partire da quella che dà il nome alla forma di governo prescelta dal Costituente. Non v'è ormai – piaccia o no (ed a molti di noi non piace) – confronto o decisione politica che non si svolga principalmente ed alle volte esclusivamente per via mediatica, restando tutt'al più agli organi di apparato il mero compito della “razionalizzazione” di ciò che è stato altrove sostanzialmente deciso.

Sia chiaro. In ogni tempo, negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche, si è registrato uno scarto, più o meno vistoso, tra *potere legale* e *potere reale*; il punto è però che gli organi in parola non risultavano composti solo da marionette azionate dal burattinaio di turno, restando agli stessi pur sempre riservati margini di manovra alle volte anche particolarmente consistenti, se non altro al fine di mettere a punto e, se del caso, perfezionare quanto era stato già stabilito fuori di essi.

Oggi però viviamo una stagione in cui si assiste ad uno svilimento delle istituzioni che non ha confronti con i livelli dapprima raggiunti. Temo che possa essere un errore grave, imperdonabile, concludere affrettatamente che tutto ciò si debba alla contingenza in corso, alla singolare e – se posso essere franco – innaturale composizione della maggioranza uscita dalle ultime elezioni politiche. Certo, quest'ultima rende testimonianza, in forma particolarmente vistosa ed esasperata, di un fenomeno che è da considerare endemico o sistemico, da noi come altrove: quello per cui i protagonisti della vita politico-istituzionale preferiscono confrontarsi (e scontrarsi) attraverso i mezzi d'informazione più (e prima ancora) che nei luoghi istituzionali allo scopo allestiti.

Tutto ciò obbligherebbe a tornare a riflettere, con crudo realismo, se il Parlamento (e la forma di governo che da esso prende il nome) abbia ancora un futuro e quale esso possa essere anche nei tempi lunghi, coltivandosi cioè la speranza che il populismo oggi imperante, unitamente al nazionalismo esasperato con cui dà luogo ad una miscela esplosiva, possa essere un domani almeno in parte arginato

e mantenuto entro una soglia di tolleranza, oltre la quale il rischio è quello dello stesso smarrimento della continuità ordinamentale. E, ancora, sarebbe necessario chiedersi cosa si possa fare allo scopo di tentare di porre in essere, se non una vera e propria sterzata rispetto alla tendenza in atto, quanto meno un rallentamento lungo la china nella quale la macchina statale si è ormai avviata.

La crisi della rappresentanza, che ha nei partiti la sua più appariscente espressione, è anche dei sindacati. Se ne vuole una sicura conferma? Ebbene, basti solo pensare al rilievo che stampa e televisione davano ad ogni loro iniziativa o fatto registratosi al loro interno qualche decennio addietro (specie ai tempi dei laceranti conflitti con il Governo che infiammano la stagione autunnale del rinnovo dei contratti) e parlo a raffronto con la coltre di silenzio che è invece oggi su di essi impietosamente distesa. Non interessano più la pubblica opinione, non fanno più notizia insomma, e perciò non se ne deve dare notizia, se non col contagocce.

Certo si è (e duole non poco dover constatare) che il modello di democrazia pluralista vagheggiato da menti nobili ed ispirate (e, tra queste, mi si consenta qui di fare solo il nome del mio compianto Maestro, Temistocle Martines) appare essere ormai l'ombra di se stesso, contratto e distorto nel suo formidabile potenziale espressivo, quale si rispecchia nel disegno costituzionale, pur nella strutturale vaghezza e laconicità di quest'ultimo. Per dir meglio: ad essere gravemente in crisi sono le strutture sociali cui la Carta dà specifico rilievo, in considerazione del ruolo di prima grandezza che esse sono chiamate a giocare sia al fine dello sviluppo della personalità di coloro che vi fanno parte e sia pure per la crescita dell'intera istituzione statale all'insegna dei valori fondamentali cui la Carta stessa dà voce. Di contro, v'è un fermento in seno alla società, inimmaginabile in tutta la sua consistenza al tempo della redazione della legge fondamentale della Repubblica, di cui è immediata e tangibile espressione la fioritura di sempre nuove formazioni, specie di quelle – come le associazioni di volontariato – costituite allo scopo di colmare strutturali carenze dei pubblici poteri. Una fioritura che rende testimonianza di quanto diffuso ed avvertito sia il bisogno di dar modo ai diritti fondamentali di affermarsi nell'esperienza, specie facendo leva sulle rilevanti opportunità che conseguono all'adempimento intenso e spontaneo del dovere di solidarietà, in ciascuna delle sue declinazioni e manifestazioni e in tutte assieme.

Dev'essere poi chiaro che delle risorse offerte dallo sviluppo scientifico e tecnologico si avvalgono, ovviamente, tutte le formazioni sociali, anche quelle – nell'esempio sopra fatto, le confessioni religiose – che parrebbero avere meno risentito del mutato contesto complessivo in cui s'inscrivono ed operano (si pensi, ad es., al bombardamento pubblicitario fatto dalla Chiesa cattolica e da altre formazioni religiose al fine dell'accaparramento dell'otto per mille delle dichiarazioni dei redditi o alle singolari e francamente eccentriche confessioni *on line* inaugurate da qualche tempo a questa parte e che pure parrebbero riscuotere un certo successo). La religione, però, è fatta e vive di dogmi pensati per l'eternità; si sono qui pure, per vero, registrate delle novità (alcune delle quali appaiono essere relativamente recenti) ma esse si connotano per i tempi lunghissimi della loro elaborazione e proiezione per l'avvenire. Nessuno può, ad ogni buon conto, negare l'evidenza dello svecchiamento profondo avutosi, ad es., col Concilio Vaticano II, come pure non possono negarsi alcune svolte di metodo impresse da papati particolarmente sensibili al vento nuovo, quale – per restare all'attualità – quello odierno: la condanna senza “se” e senza “ma” delle pratiche di pedofilia, purtroppo non sporadiche tra i ministri di culto, o le aperture fatte ai divorziati ed agli omosessuali ne danno limpida e tangibile testimonianza. Quest'ultimo esempio è, poi, di particolare rilievo ai fini dello studio che ci accingiamo a compiere, testimoniando come alcune trasformazioni in seno ad alcune formazioni sociali abbiano quindi la loro proiezione anche in altre, lasciando in esse il segno della loro presenza. Consiglierei di dedicare una speciale attenzione a quest'aspetto, dal momento che perlopiù si fanno oggetto di esame i rapporti tra questa o quella formazione sociale e lo Stato (o altri enti, quali le Regioni o i Comuni), trascurandosi invece il versante lungo il quale prende forma l'incidenza esercitata dall'una formazione nei riguardi dell'altra (o delle altre).

Tutto ciò posto, la struttura e la funzione della Chiesa (e, più largamente, delle confessioni religiose) non sono andate soggette a quell'autentica metamorfosi alla quale si sono trovati soggetti i partiti, al punto di far dire ad un'accreditata dottrina che questi ultimi non esisterebbero più o, quanto

meno, che sarebbero ormai profondamente diversi ed irriconoscibili rispetto anche ad un recente passato: portano, insomma, lo stesso nome delle vecchie formazioni politiche, un nome però fasullo, appiccicato ad un contenitore dalla sostanza ormai completamente diversa.

*4. Quando l'autonomia si è tradotta, secondo la sua originaria e genuina funzione, in un fattore di crescita per i soggetti che ne sono dotati, nonché in un servizio reso alla collettività, e quando invece si è rivolta contro se stessa: confessioni religiose, enti territoriali (con particolare riguardo alle Regioni), istituzioni universitarie a confronto*

Un cenno soltanto – per ciò che ora può dirsi – alla rinnovata funzione complessivamente riconosciuta alle confessioni religiose diverse dalla cattolica, specie grazie alla fioritura delle intese previste dall'art. 8 della Carta che hanno dato loro modo di vedere valorizzata la loro condizione complessiva in alcuni “luoghi” sensibili, come gli ospedali o le carceri, offrendo pertanto alle stesse l'opportunità di svolgere un servizio alla collettività di cui non si aveva dapprima praticamente riscontro. Per quest'aspetto, l'autonomia, promossa dalle intese (e dalle leggi che vi hanno dato seguito), ha davvero potuto tradursi, secondo la sua genuina espressione, per un verso, in un fattore di crescita per le confessioni, di valorizzazione della loro “eguale libertà”, e, per un altro verso, in un servizio reso alla collettività, diversamente di ciò che invece si è avuto per altri soggetti portatori di autonomia che invece hanno visto complessivamente scemato il proprio ruolo in seno al tessuto sociale ed istituzionale.

Si pensi, ad es., allo svilimento dell'autonomia regionale (e locale in genere), della quale non siamo ora chiamati a discutere, prodotto da plurime e concorrenti cause, tra le quali – per ciò che ha attinenza con quanto si è venuti dicendo – va rammentata la carente rappresentatività del personale politico, specie – ahimè – nelle Regioni centrali e meridionali, dimostratosi complessivamente incapace di far luogo ad un'adeguata progettazione dello sviluppo dei territori e delle comunità in essi stanziate.

Si tocca qui con mano una realtà che meriterebbe di essere fatta oggetto di attenta, critica riconsiderazione; ed è quella per cui carenze riscontrabili in seno ad una formazione sociale – ad es., i partiti politici – hanno la loro immediata, negativa proiezione a carico di altri enti dotati di autonomia (tra i quali, appunto, le Regioni). Da tempo, la più avvertita dottrina (ancora T. Martines) ha rilevato con dovizia di argomenti che la mancanza di una effettiva autonomia delle ramificazioni periferiche dei partiti (segnatamente, al livello regionale) ha avuto (ed ha) tangibili riflessi al piano dell'apparato, concorrendo in significativa misura al sostanziale svuotamento dell'autonomia regionale.

Molti altri esempi possono farsi a conferma di quanto si è, con molta approssimazione, venuti dicendo.

Profondamente cambiato è il mondo della scuola; conosco poco ciò che si è avuto (e si ha) nelle scuole che precedono l'ingresso nell'Università mentre conosco molto bene – come tutti voi – quest'ultima, in seno alla quale ho operato per più di mezzo secolo. Non entro in analisi di dettaglio che non mi competono. Desidero tuttavia fermare, solo per un momento, l'attenzione unicamente su un punto al quale ho poc'anzi fatto cenno, vale a dire sui guasti ai quali ha fatto luogo (o, meglio, ha concorso a far luogo) l'autonomia, laddove distortamente intesa e fatta valere, contrariamente alla propria genuina accezione e vocazione.

È un punto di cruciale rilievo, che si presta ad una riflessione di ordine generale anche oltre l'*hortus conclusus* in cui le notazioni che si vanno ora facendo sono tenute a stare; e dimostra che, per una singolare eterogenesi del fine, un valore fondamentale dell'ordinamento (quello di autonomia, appunto), pensato per l'ottimale appagamento di bisogni elementari diffusamente ed intensamente avvertiti, può – laddove gli strumenti ideati per realizzarlo siano messi in mano ad operatori poco attrezzati ad avvalersene – portare ad effetti gravemente pregiudizievoli per la istituzione di riferimento.

In nome dell'autonomia, si è assistito (e mi limito qui a fare solo un elenco di danni a tutti noti):



a) alla innaturale proliferazione degli atenei e delle loro sedi decentrate, immaginate allo scopo di realizzare una sorta di servizio dell'istruzione universitaria a domicilio degli utenti ma che in molti casi ha, per la sua parte, concorso ad un abbassamento vistoso dell'offerta formativa; b) ad una innaturale competizione tra gli atenei stessi, tradottasi in una gara al ribasso (e non al rialzo, come invece viene predicato da molti) della "merce" sul mercato, nell'intento di arginare la fuga verso atenei dove il titolo si può acquistare a buon mercato e senza troppa fatica per la gran parte degli studenti; c) al, parimenti innaturale, spostamento della istruzione universitaria dal piano della *qualità* a quello della *quantità*, frutto immediato ed inevitabile della trasformazione strutturale della istituzione universitaria da "luogo" per pochi, "capaci e meritevoli" – secondo la dimenticata indicazione della nostra Carta –, a "luogo" di parcheggio per molti, una parte consistente dei quali condannata a non trovare lavoro ovvero ad emigrare all'estero; d) alla parimenti innaturale (ma congeniale alla proliferazione selvaggia, non regolata, dell'offerta formativa) conversione in università di massa anche a livello di corpo docente, con l'esito fatale del decremento dello *standard* di qualità del servizio didattico e, forse più ancora, della ricerca scientifica (esito, quest'ultimo, peraltro agevolato dal meccanismo infernale preposto al reclutamento dei docenti e dall'esiguità delle risorse disponibili per la ricerca); e) all'affermazione della "logica" perversa a base del sistema dei crediti per lo studio delle materie e il superamento degli esami di profitto, che ha portato a "pesare" lo studio stesso, obbligandolo a contenersi entro limiti prestabiliti in applicazione di criteri meramente quantitativi; f) alla destinazione di risorse materiali e finanziarie viepiù contenute rispetto ai bisogni, con l'effetto che il servizio complessivo atteso dalla istituzione universitaria è in modo crescente scaduto, dimostrandosi non competitivo rispetto a quello che invece si ha in molti altri Paesi, europei e non, al pari (e, forse, persino più) del nostro afflitti dalla crisi economica.

Anche l'Università, ad ogni modo, nell'era del *web*, ha dovuto adattare strutture e metodi della propria azione tenendone conto (basti solo pensare ai corsi *on line* organizzati presso le sedi universitarie tradizionali, alla gestione in genere delle attività didattiche e, ancora, alla fioritura delle Università telematiche, ecc.).

##### *5. Sviluppo scientifico-tecnologico e formazioni sociali: le profonde trasformazioni alle quali è andata (e va) soggetta la famiglia*

La formazione sociale che tra quelle costituzionalmente previste sembra aver maggiormente risentito dello sviluppo scientifico e tecnologico è proprio quella primigenia, che sta al cuore della struttura stessa della società organizzata, la famiglia, alla quale si è poc'anzi fatto cenno.

Va, al riguardo segnalata la profonda modifica tacita registratasi nell'idea stessa di "famiglia", prevista dalla Carta come formazione monotipica e invece declinata nell'esperienza al plurale (non a caso, d'altronde, un'accreditata dottrina discorre appunto, ormai da tempo, di "famiglie").

So bene che una nutrita schiera di studiosi si è dichiarata dell'avviso che non sarebbe appropriato al riguardo ragionare in termini di stravolgimento del modello costituzionale, il quale nella sua strutturale ampiezza e flessibilità comprenderebbe anche tipi di famiglia diversi da quello tradizionale fondato sul paradigma eterosessuale della coppia e sul vincolo matrimoniale che lega coloro che la compongono. Non a caso, molti studiosi si sono, di conseguenza, dichiarati favorevoli alla introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso con legge comune, la quale dunque si porrebbe in tesi all'interno della cornice costituzionale, non già – come a me invece appare essere – in frontale opposizione rispetto al modello delineato nella Carta.

È interessante notare che l'apertura al riconoscimento del diritto alle nozze di persone dello stesso sesso è stata in parte favorita dalle opportunità offerte dalla scienza medica che ha dato modo ad esse di mutare sesso ricorrendo alla chirurgia. Al di là di ciò, però, è da registrare il formarsi di una rinnovata mentalità e sensibilità che ha indotto certa giurisprudenza (specie in ambito europeo), con l'avallo di parte della dottrina, a spianare la via al riconoscimento stesso anche senza dover fare ricorso a radicali alterazioni dei tratti somatici.

Da noi, un vero e proprio diritto al matrimonio degli omosessuali – come si sa – non si è ancora affermato né dalle leggi né dalla giurisprudenza costituzionale ([sent. n. 138 del 2010](#)), mentre una singolare giurisprudenza comune ha ammesso il mantenimento (sia pure *ad tempus*) del matrimonio tra persone già coniugate e successivamente divenute dello stesso sesso. Decisivo, ad ogni buon conto, è stato – com'è noto – il ruolo giocato dalla giurisprudenza, costituzionale e comune, al fine di assicurare un'adeguata tutela alle formazioni sociali composte da persone dello stesso sesso, oltre che ai conviventi di fatto; ed è per effetto delle ripetute e vigorose sollecitazioni venute dai giudici che è finalmente venuta alla luce la legge del 2016 che vi ha quindi dato l'attesa regolazione legislativa.

Scienza e cultura giuridica, insomma, hanno finito col darsi mutuo sostegno, così come in seno alla seconda un rapporto di circolare alimentazione si è avuto tra pratica e teoria; ed è in questa luce che si spiegano le novità introdotte dalla legge suddetta, mentre si attende ad oggi una nuova disciplina delle esperienze d'inizio-vita, che prenda finalmente il posto della legge 40 del 2004, fatta (giustamente) a pezzi dalla giurisprudenza costituzionale e, in buona sostanza, riscritta anche da certa giurisprudenza comune, a mezzo di interpretazioni francamente ardite e “manipolative”.

Sta di fatto che, per effetto dello sviluppo scientifico e tecnologico (oltre che di nuove idee circolanti nel corpo sociale), la famiglia è stata (ed è) oggetto di un complessivo ripensamento i cui esiti non sembrano chiaramente definiti. Si pensi solo alle alterazioni profonde alle quali può andare soggetta in conseguenza di un uso incontrollato delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, specie laddove coinvolgenti persone al di fuori della coppia, con complicazioni evidenti nei rapporti di parentela (nonne o zie che sono allo stesso tempo anche madri, e così via).

6. Terza questione: *i rapporti intercorrenti tra i singoli e le formazioni sociali di appartenenza, ovverosia quando gli uni e le altre si danno mutuo sussidio e quando invece entrano in conflitto e come quest'ultimo vada risolto*

La terza questione riguarda la natura del rapporto che viene a costituirsi ed a svolgersi tra i singoli e le formazioni sociali di appartenenza, un rapporto che si apre a raggiera a plurime sue manifestazioni, ora nel segno del mutuo soccorso che individui e gruppi sono chiamati a darsi ed ora, di contro, nel segno del conflitto.

Alle volte, l'azione del singolo è, a conti fatti, indistinguibile, quanto meno sul piano degli effetti, da quella del gruppo di appartenenza. Se n'è avuta, ancora da ultimo, una eloquente testimonianza con il ricorso presentato da alcuni senatori del PD e motivato in relazione al modo – palesemente incostituzionale, checché ne abbia detto la Consulta con la [ord. n. 17 del 2019](#) – con cui è venuta alla luce la legge di bilancio nel dicembre scorso. L'iniziativa processuale del gruppo e quella dei suoi singoli componenti cospiravano, di tutta evidenza, al medesimo fine; e la circostanza per cui il giudice costituzionale si sia rifiutato di dare accoglienza al ricorso presentato dal gruppo (con un argomento – quello della non documentata delibera assunta dal gruppo stesso – francamente specioso, tenuto conto del fatto che *uti singuli* si erano attivati più senatori dei componenti la maggioranza del gruppo stesso) non ha fatto da ostacolo a che le ragioni rappresentate nel ricorso stesso siano state comunque vagliate, sia pure in una pronuncia d'inammissibilità in cui i profili processuali erano in tutto indistinguibili da quelli di merito.

Senza ora riprendere l'esame di un caso, peraltro – come si sa – molto discusso, che deve restare estraneo ad uno studio meramente introduttivo, quale quello che vado ora facendo, è interessante notare che l'azione dei singoli era qui fatta *anche* nell'interesse del gruppo, e viceversa, ed entrambe, poi, avevano un fine che trascendeva l'interesse in parola riportandosi in modo diretto ed immediato alla salvaguardia di principi fondamentali della Carta, a partire da quel principio democratico che non per mero accidente si pone in testa al libro costituzionale.

Singoli e gruppi, insomma, non sempre né necessariamente agiscono per sé, a salvaguardia di una loro condizione costituzionalmente protetta, ma, col fare da scudo a quest'ultima, si offrono al

servizio della istituzione statale nella sua interezza, rendendo così testimonianza del dovere di solidarietà nel suo fare tutt'uno con il dovere di fedeltà alla Repubblica, ai valori che danno voce ed alimento all'etica pubblica repubblicana.

Si danno, poi, i casi in cui l'azione del singolo resta separata da quella della formazione di appartenenza ed altri ancora in cui solo quest'ultima può farsi carico delle aspettative del singolo, incapace di provvedere da sé ai propri bisogni (o, quanto meno, ad alcuni). D'altronde, proprio questa è – come si sa – la regola, la ragione d'essere della costituzione dei gruppi sociali in vista dell'ottimale soddisfazione delle istanze avvertite dagli individui e della realizzazione della loro personalità.

Altri casi vedono, poi, il singolo entrare in conflitto col gruppo. Ciò che pone l'annosa questione relativa a condizioni e limiti dell'intervento di terzi (e, segnatamente, del giudice) a garanzia della osservanza delle regole che stanno a base dello svolgimento delle attività in seno al gruppo stesso.

Qui, al fondo, si pone l'ardua questione relativa alla determinazione della soglia entro la quale l'autonomia della formazione sociale può avanzare pretese di appagamento meritevoli di prioritaria considerazione rispetto alle aspettative nutrite da coloro che vi appartengono, varcata la quale, invece, le prime devono recedere per far posto alle seconde. Ormai da tempo – com'è noto – è venuto a formarsi un consistente indirizzo giurisprudenziale, col supporto di una sensibile dottrina, a difesa dei diritti dei singoli; e non v'è dubbio – a me pare – che, quanto meno laddove siano appunto in gioco i diritti fondamentali, esso meriti piena adesione. Resta, ad ogni buon conto, da definire dove si situi il punto di equilibrio tra auto- ed etero-normazione, ove si convenga a riguardo del fatto che al governo complessivo delle dinamiche interne ai gruppi sono chiamate a dare il loro apporto tanto le une quanto le altre regole: un punto di equilibrio, nondimeno, che non è fisso bensì mobile, spostandosi lungo una retta ideale ora in avanti ed ora invece tornando indietro a seconda del tipo di formazione sociale di volta in volta in rilievo e per una stessa formazione nel tempo, oltre che – naturalmente – in ragione degli interessi in gioco.

Su tutto ciò la Costituzione non dà (ed è giusto che non dia) regole puntuali, pronte all'uso e vevoli per ogni circostanza; come di consueto, tuttavia, non manca di offrire ai protagonisti dei conflitti ed a coloro che sono chiamati a risolverli un pugno di indicazioni essenziali, alcune delle quali vevoli per ogni formazione sociale. Ed è questo, come si faceva notare all'inizio di questa riflessione, unitamente al tratto dell'autonomia che tutte le accomuna, uno di quegli elementi la cui considerazione si offre alla definizione di un *minimum* idoneo a porsi a fondamento di una unitaria, seppur essenziale, teoria costituzionale del pluralismo sociale: un elemento che, poi, si riporta all'idea stessa di Costituzione, alla sua funzione e vocazione, quale mirabilmente espressa nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789. Nessuna pretesa, infatti, da chiunque provenga (pubblico potere o soggetto di autonomia), può avere giustificazione e soddisfazione laddove si risolva in un pregiudizio per i diritti fondamentali, i quali – non si dimentichi – fanno capo pur sempre all'uomo *in quanto tale*, come singolo e nelle formazioni sociali in cui si riunisce per dar modo alla sua personalità di affermarsi. Assicurando la dovuta protezione ai diritti, per ciò stesso viene messa al riparo da indebite offese la dignità della persona che, per il tramite di quelli, è messa in grado di affermarsi e farsi valere. L'autonomia del gruppo, insomma, può (e deve) realizzarsi con la (e cioè per il tramite della) salvaguardia dei diritti, non già con il loro sacrificio, comunque insopportabile in uno Stato di diritto autenticamente costituzionale; laddove, invece, ciò dovesse aver luogo, nessun dubbio che i diritti fondamentali debbano essere comunque messi al riparo di ogni loro possibile incisione.

Ferma questa condizione irrinunciabile di partenza, poi, è pur vero che *regole e regolarità* (o, se si preferisce, regole di auto- e di etero-normazione) possono (e devono) ricercare un loro complessivo equilibrio, pur vario – come si diceva – a seconda delle formazioni sociali e, per ciascuna di esse, nel tempo. Il punto è, però, che non di rado si riscontrano ora carenze ed ora eccessi nelle une ovvero nelle altre, che poi si riproducono e trasmettono anche al di fuori dei gruppi fino a contagiare l'intero corpo sociale (assai istruttiva al riguardo è, ancora una volta, la vicenda dei partiti, afflitti da una grave crisi d'identità e complessivamente irricognoscibili – come si diceva – alla luce del figurino disegnato nella Carta). La chiusura autoreferenziale delle formazioni sociali in se stesse, in nome di una malintesa accezione dell'autonomia, è foriera di guasti alle volte d'incalcolabile entità a carico

dell'autonomia stessa e, di riflesso, dell'intera istituzione statale.

L'autonomia – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – non è (e non può essere) rivendica da parte di un gruppo (e dunque, in buona sostanza, dell'apparato che lo governa e del personale che lo incarna) di *poteri* nei riguardi dello Stato o di altri enti ma è *servizio* reso alla collettività ed agli individui che la compongono, tanto più poi laddove lo stesso si offra alle persone maggiormente vulnerabili (si pensi, ad es., al ruolo giocato dalle scuole per la inclusione sociale degli alunni portatori di *handicap*). Ancora una volta, il riferimento ai diritti fondamentali ed alla dignità è davvero illuminante al riguardo. Le sole espressioni di autonomia che possono davvero dirsi tali, rispecchiandone in modo genuino la essenza, sono quelle che danno voce ai bisogni più largamente ed intensamente avvertiti dagli individui, non già quelle che, a conti fatti, si risolvono nel sacrificio degli stessi e in un beneficio solo per coloro che occupano posti di governo in seno al gruppo stesso. E il solo modo per far sì che i poteri si convertano in servizio è disporre di buone regole (sia di auto- che di etero-normazione), preservandosi allo stesso tempo costantemente l'equilibrio tra le stesse.

*7. Due succinte notazioni finali, a riguardo del rapporto di mutuo condizionamento che si intrattiene tra regole e regolarità e del bisogno di una rinnovata disciplina costituzionale delle formazioni sociali*

Solo un paio di notazioni finali, a riguardo degli scenari configurabili nel prossimo futuro e dei possibili rimedi a taluni guasti ad oggi largamente diffusi che possono attendersi in prospettiva *de iure condendo*.

Va, in primo luogo, segnalato che gli interventi per mano del legislatore vanno incontro ad un duplice limite, sia per il fatto che alcuni di essi dovrebbero aversi al piano sovranazionale ed internazionale, laddove si renderebbe necessaria una regia ed una manovra complessa ed incisiva che tuttavia tarda a venire alla luce in modo adeguato, e sia perché alcuni interventi dovrebbero – come si è venuti dicendo – esser frutto di autonomia, venendo a maturazione in seno alle stesse formazioni sociali.

Riprendendo una indicazione dietro data, con riferimento al ruolo crescente giocato dai grandi mezzi di comunicazione e dal *web*, disteso ad ogni ambito della vita sociale, è chiaro che in un contesto, quale quello presente, segnato dal carattere “globale” – come suol dirsi – della informazione, sarebbe illusorio pensare che i processi che in esso si manifestano possano essere governati in modo efficace e complessivamente appagante a colpi di leggi varate da questo o quello Stato e vevoli unicamente in seno allo stesso, per buone che siano pensate e poste in essere.

D'altro canto, è ormai provato che certe riforme, al fine di poter davvero attecchire nel terreno sociale e portare i frutti che da esse si attendono, richiedono – come si faceva poc'anzi notare – una virtuosa e sinergica combinazione di *regole* e di *regolarità*, di regole etero- ed auto-prodotte, tutte chiamate a concorrere alla reciproca rigenerazione, in un rapporto di mutuo sostegno e reciproca, incessante ricarica.

E infine. Poiché le questioni qui meramente accennate toccano – come si diceva – il cuore stesso del corpo sociale e delle istituzioni in cui esso s'incarna ed esprime, a me parrebbe provato che una spinta vigorosa al processo riformatore possa (e debba) venire da una rinnovata disciplina costituzionale che, per un verso, recepisca alcune delle più salienti novità venute dall'esperienza ad oggi maturata e, per un altro verso, offra le opportune, essenziali indicazioni per contrastarne le più gravi storture, allo stesso tempo ponendosi quale la base più solida e duratura per l'ulteriore rinnovamento della teoria e della pratica giuridica. Se, infatti, si ha consapevolezza dei guasti ad oggi registratisi, specie in seno ad alcune formazioni sociali, occorre dotare i rimedi per gli stessi pensati del più saldo ed efficace fondamento, quale può appunto essere apprestato da una congrua disciplina costituzionale. Altrimenti, il rischio al quale si va incontro è che la pratica giuridica (a partire da quella giurisprudenziale) resti abbandonata a se stessa, costretta a speciose e forzate invenzioni prive del necessario conforto positivo.

I giudici hanno bisogno di ricevere dal legislatore indicazioni chiare, orientate verso i valori costituzionali nel loro fare “sistema”, al fine di poter esercitare al meglio l’ufficio al quale sono preposti, pur nelle difficili condizioni oggettive del tempo presente, di avere insomma ben definito il *fine* ed il *confine* della loro azione; allo stesso tempo, il legislatore ha, a sua volta, bisogno di ricevere luce da un dettato costituzionale non opaco e complessivamente carente o, diciamo pure, del tutto “muto” in relazione a questioni di cruciale rilievo (specie a quelle maggiormente sensibili allo sviluppo della scienza e della tecnologia). Perché è chiaro che, in caso contrario, a fare parlare la Carta saranno poi nuovamente i pratici (e, in ispecie, i giudici, laddove interpellati), con il che il cerchio verrà a chiudersi in modo perverso, soffocante, ricaricandosi incessantemente da se medesimo.

In questo contesto, non si trascuri, poi, il ruolo che, con centralità di posto, è giocato altresì da operatori istituzionali dislocati in ambito sovranazionale ed internazionale, tra i quali – per ciò che ha specifico riguardo alla salvaguardia dei diritti fondamentali – vanno annoverati i giudici europei. Basti solo pensare, a conferma di quanto si è ad oggi fatto e si promette ulteriormente di fare, alle indicazioni da essi date per ciò che attiene alla famiglia, alle minoranze di ogni colore, al mondo della scuola, del lavoro, della sanità, e via dicendo.

Insomma, il quadro è estremamente complesso ed internamente articolato e – come dicevo all’inizio di questa mia succinta riflessione – immaginare di poterlo anche solo sommariamente rappresentare nelle sue linee portanti sarebbe, a dir poco, presuntuoso o ingenuo. È sufficiente, nondimeno, avere consapevolezza che il solo avviare una nuova riflessione sugli elementi che lo compongono può dare un qualche giovamento alla teoria ed alla pratica giuridica, a conferma della bontà della scelta fatta da chi ha pensato e con cura organizzato il nostro incontro di oggi.

**Alfonso Celotto**  
**Il doppio mandato degli Avvocati dinanzi alla Corte costituzionale**

SOMMARIO: 1. Il doppio mandato e le questioni sollevate dal Consiglio nazionale forense. – 2. Le disposizioni di dubbia legittimità. – 3. Ambito di ragionevolezza del doppio mandato. – 4. La lesione della autonomia degli ordini quali forme di sussidiarietà orizzontale. – 5. “Retrospektività” del limite e “trabocchetti” legislativi. – 6. Corretta portata delle leggi di interpretazione autentica. – 7. L’art. 11-*quinquies* del d.l. n. 135 del 2018 come norma “intrusa” in violazione dell’art. 77 Cost. – 8. Quanto è legittimo il divieto del doppio mandato per gli Avvocati?

*1. Il doppio mandato e le questioni sollevate dal Consiglio nazionale forense*

Il limite del doppio mandato, cioè il divieto di rieleggibilità dopo due mandati, viene utilizzato in molti ordinamenti per limitare la durata delle cariche esecutive, al fine di consentire forme di alternanza e il pieno confronto democratico. La sua introduzione ha sempre creato spinosi problemi, sia per i “fantasiosi” tentativi di eluderlo (come per Fujimori in Perù<sup>1</sup> e per Erdogan in Turchia<sup>2</sup>) sia per la questione della retroattività del limite, cioè della computabilità dei mandati già espletati al momento dell’introduzione del divieto (questione affrontata espressamente nel XXII emendamento “Roosevelt” della Costituzione USA e lasciata alla soluzione giurisprudenziale per i nostri “governatori” regionali dopo la riforma costituzionale del 1999).

Ora la Corte costituzionale è chiamata ad affrontare entrambi i profili della questione rispetto al doppio mandato nei Consigli dell’Ordine degli Avvocati.

La vicenda trae origine da due ordinanze del 28 febbraio con cui il Consiglio Nazionale Forense (CNF) ha sollevato questioni di legittimità costituzionale sugli artt. 3, c. 3, secondo periodo, della l. 12 luglio 2017, n. 113 e dell’art. 11-*quinquies* del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, come inserito dalla legge di conversione 13 febbraio 2019, n. 12.

L’art. 3, c. 3, secondo periodo, della l. 113/2017 dispone, infatti, il divieto di elezione nel Consiglio dell’Ordine degli Avvocati per più di due mandati consecutivi, mentre l’art. 11-*quinquies* del d.l. 135/2018, anche recependo la (dubbia) interpretazione offerta dalle sezioni unite della Cassazione (sent. 20 dicembre 2018, n. 32781), ha conferito rilievo retroattivo ai mandati svolti prima dell’entrata in vigore delle stesse norme preclusive.

Tali questioni sono state sollevate in sede di reclamo elettorale proposto da taluni avvocati non eletti all’esito delle elezioni per il rinnovo dell’Ordine degli Avvocati di La Spezia e di quello di Savona, per contestare la legittimità dell’avvenuta elezione di altri colleghi, i quali, ad avviso dei ricorrenti, avendo già svolto in passato due mandati di durata superiore al biennio, si sarebbero venuti a trovare nella situazione di incandidabilità e/o ineleggibilità prevista dal citato art. 3, c. 3, secondo periodo, della l. 113/2017.

Nel costituirsi nei giudizi di reclamo, i legali dichiarati eletti hanno sollevato analoghe questioni di legittimità costituzionale delle norme sopra citate. Il CNF ha ritenuto tali questioni rilevanti e non manifestamente infondate, sotto i profili della irragionevole limitazione del diritto di elettorato attivo e passivo (articoli 3, 48 e 51 Cost.) e della illegittima ed irragionevole compressione dell’ambito di autonomia riservato agli ordini circondariali forensi (enti pubblici non economici a carattere associativo) di cui agli articoli 2, 18 e 118 Cost., anche in relazione all’art. 3 Cost.

---

<sup>1</sup> Dopo aver vinto le elezioni presidenziali nel 1990 e nel 1995, il Presidente Fujimori cercò di promulgare una legge di interpretazione autentica dell’art. 112 Cost. che poneva il limite del doppio mandato presidenziale. Il Tribunale costituzionale diede parere contrario alla legge, ma il Parlamento destituì 4 membri del Tribunale, sostituendoli con nuovi giudici di fede presidenziale. Così Fujimori si presentò alla terza elezione, ma subito dopo fu costretto all’esilio.

<sup>2</sup> La riforma costituzionale del 2017, fortemente voluta dallo stesso Erdogan, ha allungato il mandato presidenziale da 4 a 5 anni e, pur mantenendo il limite del doppio mandato, ha azzerato dal computo i mandati presidenziali precedenti, consentendo così allo stesso presidente Erdogan di candidarsi per due ulteriori mandati, pur essendo stato Primo ministro dal 2003 e Presidente dal 2014.

I relativi giudizi sono, quindi, stati iscritti ai nn. 65 e 66 del Registro ordinanze della Corte costituzionale e la discussione in udienza pubblica è stata fissata al 18 giugno 2019.

## 2. Le disposizioni di dubbia legittimità

Per meglio comprendere la portata delle questioni sollevate, è d'obbligo prendere le mosse dalle disposizioni di dubbia costituzionalità.

L'art. 3, c. 3, della l. n. 113/2017 dispone, al secondo periodo, che *“Sono eleggibili gli iscritti che hanno diritto di voto, che non abbiano riportato, nei cinque anni precedenti, una sanzione disciplinare esecutiva più grave dell'avvertimento. Fermo restando quanto previsto al comma 4, i consiglieri non possono essere eletti per più di due mandati consecutivi. La ricandidatura è possibile quando sia trascorso un numero di anni uguale agli anni nei quali si è svolto il precedente mandato”*.

L'art. 11-*quinquies* del d.l. 135/2018, come inserito dalla legge di conversione 12/2019 (recante *Interpretazione autentica dell'articolo 3, comma 3, secondo periodo della legge 12 luglio 2017, n. 113, e proroga del termine di cui all'articolo 27, comma 4, della legge 31 dicembre 2012, n. 247*), al comma 1, prevede che *“L'articolo 3, comma 3, secondo periodo, della legge 12 luglio 2017, n. 113, si interpreta nel senso che, ai fini del rispetto del divieto di cui al predetto periodo, si tiene conto dei mandati espletati, anche solo in parte, prima della sua entrata in vigore, compresi quelli iniziati anteriormente all'entrata in vigore della legge 31 dicembre 2012, n. 247. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 3, commi 3, terzo periodo, e 4, della legge 12 luglio 2017, n. 113.”*

Agli stessi fini è, altresì, utile ricordare come la limitazione alla rinnovabilità del mandato per i componenti dei Consiglio degli Ordini circondariali forensi era già stata introdotta dalla l. 31 dicembre 2012, n. 247 recante *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*, il cui art. 28, al comma 5, si limitava a prevedere che *“I consiglieri non possono essere eletti per più di due mandati”*.

L'art. 3, c. 3, della l. n. 113/2017 (recante *Disposizioni sulla elezione dei componenti dei consigli degli ordini circondariali forensi*) ha specificato la sopracitata previsione, stabilendo la regola dell'ineleggibilità per più di due mandati *“consecutivi”*. E precisando che *“La ricandidatura è possibile quando sia trascorso un numero di anni uguale agli anni nei quali si è svolto il precedente mandato”* e che *“Dei mandati di durata inferiore ai due anni non si tiene conto ai fini del rispetto del divieto di cui al secondo periodo del comma 3”* (c. 4).

Dopo una serie di dubbi interpretativi e applicativi, è stato poi il più recente art. 11-*quinquies* del d.l. n. 135/2018, come inserito – in maniera ultronea – dalla legge di conversione n. 12/2019, a chiarire, in sede di interpretazione autentica, la necessità di tener conto anche dei mandati espletati, anche solo in parte, prima della entrata in vigore della stessa l. n. 113/2017, nonché di quelli iniziati anteriormente all'entrata in vigore della l. n. 247/2012.

Questa nuova disciplina, come risultante dal combinato disposto delle disposizioni citate, pone, a ben vedere, due problemi applicativi: il primo e più generale circa la legittimità della limitazione; il secondo circa la sua portata diacronica, estesa anche nel passato.

## 3. Ambito di ragionevolezza del doppio mandato

Ma sono questioni fondate o infondate? O meglio plausibili o implausibili, visto che nel nostro sistema di giustizia costituzionale solo la Consulta può acclarare la eventuale incostituzionalità?

Partiamo dalla natura della carica di consigliere dell'Ordine degli avvocati.

Si tratta con evidenza di una carica rappresentativa, per la caratteristica elettiva dell'organo.

Lo stesso art. 25 della l. n. 247/2012, in un quadro di riforma profondamente innovativo, definisce l'Ordine circondariale forense come l'ente che ha in via esclusiva la rappresentanza istituzionale

dell'avvocatura a livello locale, con la conseguenza per cui i membri del Consiglio, che è organo dell'Ordine, vengono eletti "in rappresentanza" dei colleghi ad esso iscritti.

Ecco il primo punto di perplessità. Il limite del doppio mandato va applicato alle sole cariche esecutive o anche a quelle rappresentative?

Tradizionalmente le limitazioni alla rinnovabilità dei mandati sono state introdotte per le cariche esecutive e non certo per quelle elettive: basti ricordare, per il nostro ordinamento, i casi dei Sindaci<sup>3</sup>, dei Presidenti di Provincia e dei Presidenti di Regione<sup>4</sup>.

Si tratta di limitazioni ispirate all'esigenza di evitare la concentrazione di potere e favorire il pieno confronto democratico, senza consolidare posizioni personali e favorendo, per quanto possibile, l'alternanza.

Per le cariche elettive non ha, invece, alcun senso prevedere una limitazione di questo tipo. E infatti nel nostro ordinamento non esiste alcun limite, ad esempio, alla rieleggibilità di parlamentari e consiglieri regionali o comunali (salvo che nella normativa interna di qualche partito, come mera scelta autonoma).

Ecco allora che estendere anche a cariche rappresentative e non esecutive il limite di rieleggibilità appare effettivamente illegittimo per contrasto con una serie di principi costituzionali.

Innanzitutto, il contrasto si configura con l'art. 3 Cost., sia per la disparità di trattamento che la categoria degli Avvocati subirebbe rispetto agli altri organismi di enti rappresentativi, ma anche per la intrinseca irragionevolezza di aver posto un limite confliggente con l'essenza stessa della rappresentanza. Infatti vengono in rilievo anche i principi di cui all'art. 1 e 51 Cost., per la illegittima limitazione della sovranità e della rappresentanza, in violazione dei canoni democratici su cui si fonda la Repubblica Italiana; e per la illegittima limitazione del diritto di elettorato attivo e passivo, riconducibile ai diritti inviolabili dell'uomo, che non trova giustificazione alcuna nell'ambito dell'assetto generale dei principi e degli interessi costituzionali e delle relative disposizioni, implicando, altresì, una lesione del principio costituzionale di favore per la maggiore partecipazione alla competizione elettorale.

Allo stesso tempo, vanno poi considerati anche i principi di cui all'art. 97 Cost., data la potenziale lesione dei principi di efficienza, buon andamento ed imparzialità dell'Amministrazione, posto che si impedirebbe alle Ordini circondariali di poter contare su consiglieri che, a giudizio dei colleghi che li hanno eletti, si siano distinti per particolare efficienza e capacità in favore di altri soggetti, magari, di minori qualità e capacità.

Insomma, pare potersi concordare con l'impostazione del CNF per cui tale limitazione finisca per rappresentare una irragionevole limitazione per l'accesso alle cariche elettive, che svilisce il corretto funzionamento del sistema degli Ordini circondariali forensi, in spregio a significativi principi costituzionali.

Irragionevolezza che sembra tanto più evidente nel caso degli Avvocati, attesa l'assenza dell'attribuzione di poteri propri ai membri eletti del Consiglio dell'Ordine.

---

<sup>3</sup> In ordine ai Sindaci, infatti, l'art. 51 (*Durata del mandato del sindaco, del presidente della provincia e dei consigli. Limitazione dei mandati*) del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo Unico delle Leggi sull'ordinamento degli Enti Locali a norma dell'articolo 31 della legge 3 agosto 1999, n. 265*), prevede, al comma 2, che "Chi ha ricoperto per due mandati consecutivi la carica di sindaco e di presidente della provincia non è, allo scadere del secondo mandato, immediatamente rieleggibile alle medesime cariche".

<sup>4</sup> Rispetto ai Presidenti di Regione - alla luce delle modifiche costituzionali del 1999 e 2001 - è, invece, l'art. 2, c. 1, lett. f) della l. 2 luglio 2004, n. 65 (*Disposizioni di attuazione dell'articolo 122, primo comma, della Costituzione*) ha stabilito che "Fatte salve le disposizioni legislative statali in materia di incandidabilità per coloro che hanno riportato sentenze di condanna o nei cui confronti sono state applicate misure di prevenzione, le regioni disciplinano con legge i casi di ineleggibilità, specificamente individuati, di cui all'articolo 122, primo comma, della Costituzione, nei limiti dei seguenti principi fondamentali:... f) previsione della non immediata rieleggibilità allo scadere del secondo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale eletto a suffragio universale e diretto, sulla base della normativa regionale adottata in materia".



#### 4. *La lesione della autonomia degli ordini quali forme di sussidiarietà orizzontale*

La citata limitazione, infatti, oltre a quanto già evidenziato, rischia di ledere soprattutto la sfera di autonomia di cui gli Ordini circondariali risultano titolari.

Gli Ordini professionali, come noto, presentano una natura singolare, bivalente, in quanto, da un lato, sono riconosciuti dal legislatore come veri e propri enti pubblici<sup>5</sup>, perché capaci di adottare in via autoritativa atti incidenti sull'altrui sfera giuridica, dall'altro, però, continuano ad essere conformati come enti esponenziali della categoria professionale cui si riferiscono, e quindi come associazioni, organizzazioni proprie di determinati appartenenti all'ordinamento giuridico generale, ad appartenenza necessaria.

Si tratta delle più classiche modalità attraverso le quali si declina il principio costituzionale di sussistenza orizzontale. Le forme del pluralismo associativo affiancano e completano la funzionalità dei compiti statali.

Il relativo assetto dei Consigli dell'Ordine non può non risentire di tale duplice natura. Infatti, certamente soggetti alla disciplina legislativa generale per ciò che attiene al regime degli atti che pongono in essere nell'esercizio delle rispettive potestà pubblicistiche, gli Ordini professionali godono al contempo di una naturale autonomia, che costituisce il riflesso della loro natura associativa.

Autonomia che, tra gli altri<sup>6</sup>, certamente, sussiste anche sotto il profilo normativo.

Sotto tale angolo di visuale, non paiono allora infondate le preoccupazioni sollevate dal CNF, in quanto, anche tenendo a mente il rapporto di prossimità che si instaura tra colleghi e che sovente è motivo dell'espressione del voto da parte di ciascuno di essi nelle elezioni per il rinnovo del Consiglio, è chiaro che un'imposizione legislativa del limite massimo di mandati finisce per sottrarre all'autonomia (anche statutaria) degli Ordini circondariali quella che, invece, dovrebbe essere una scelta a tale ambito riservata. In tal modo finendo per incidere, elidendoli, anche sui poteri di autorganizzazione interna (cioè di organizzare liberamente la propria struttura), di cui gli Ordini sono titolari. In questa prospettiva, non appare ipotetico parlare, quindi, anche di violazione dei parametri costituzionali rappresentati dagli artt. 18 (sulla libertà di associazione) e sull'art. 118 Cost. (con riguardo al principio della sussidiarietà orizzontale), come il CNF prospetta proprio a salvaguardia dell'autonomia degli Ordini forensi circondariali.

Non può la legge incidere irrazionalmente nell'assetto interno degli organismi forensi, comprimendo in maniera impropria le potestà di auto-organizzazione.

#### 5. *“Retrospektività” del limite e “trabocchetti” legislativi*

Paradossalmente, però, la questione che da pare dar luogo a maggiori dubbi di costituzionalità della impugnata normativa, ad oggi vigente, è quella che attiene al profilo diacronico, con particolare

---

<sup>5</sup> Per quanto specificamente concerne la categoria professionale degli Avvocati, il riferimento è contenuto nell'art. 24, co. 3., l. n. 247/2012, per cui *“Il CNF e gli ordini circondariali sono enti pubblici non economici a carattere associativo istituiti per garantire il rispetto dei principi previsti dalla presente legge e delle regole deontologiche, nonché con finalità di tutela della utenza e degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale. Essi sono dotati di autonomia patrimoniale e finanziaria, sono finanziati esclusivamente con i contributi degli iscritti, determinano la propria organizzazione con appositi regolamenti, nel rispetto delle disposizioni di legge, e sono soggetti esclusivamente alla vigilanza del Ministro della giustizia”*. Tale natura giuridica è pacificamente riconosciuta all'Ordine degli Avvocati anche in giurisprudenza: *cfr.*, in tal senso, T.A.R. Campobasso, sez. I, 12 gennaio 2018, n. 12; T.A.R. Palermo, sez. III, 5 aprile 2016, n. 877; Corte conti reg., sez. giurisd., 19 settembre 2013, n. 326; Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 10140; Cass.civ., sez. I, 14 ottobre 2011, n. 21226; [Corte cost., sent. 3 novembre 2005, n. 405](#).

<sup>6</sup> Gli Ordini professionali godono, infatti, come noto, anche di autonomia amministrativa e organizzativa, intesa come capacità di provvedere da se stessi alla propria amministrazione, nonché di autonomia, soprattutto, di tipo finanziario, che ne costituisce una delle principali caratteristiche, attesa la capacità degli Ordini di finanziarsi esclusivamente a mezzo dei contributi dei propri iscritti, senza gravare sulla spesa pubblica generale.

riguardo alla attribuzione di effetti *ex tunc* ai mandati espletati anche prima della entrata in vigore addirittura della l. n. 247/2012, introduttiva del doppio mandato, ai fini dell'applicazione concreta del limite massimo di mandati previsto dall'art. 3, c. 3, secondo periodo, della l. n. 113/2017.

A venire in evidenza è, dunque, in particolare, la questione della "retroattività".

Come noto, è consolidata la distinzione tra retroattività "propria" e retroattività "impropria", nel senso che una legge "guarda al passato" sia quando riconnette effetti giuridici a fattispecie esauritesi nel passato, facendone nascere conseguenze a carico dei soggetti per il presente e per il futuro, sia quando incide su rapporti di durata, modificandone l'assetto per il futuro<sup>7</sup>.

In linea di principio è ammessa soltanto in via eccezionale (all'art. 10 disp. prel. cod. civ., come già all'art. 1, c. 2, del *Code Napoleon*) e costituzionalmente vietata per le leggi penali (art. 25 Cost.). Così la Corte costituzionale ha in più occasioni affermato che il principio di irretroattività delle leggi rappresenta "*una regola essenziale del sistema cui, salva un'effettiva causa giustificatrice, il legislatore deve ragionevolmente attenersi, in quanto la certezza dei rapporti preteriti costituisce un indubbio cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini*"<sup>8</sup>.

Per quel che riguarda i rapporti di durata, come qui ci interessa, la questione emerge con riferimento alla decorrenza con cui il legislatore può modificare i rapporti in corso ed è emersa rispetto a tutta una serie di fattispecie, come, significativamente, negli ultimi anni, la disciplina previdenziale ([sent. nn. 116 del 2013](#) e [173 del 2016](#))

Si tratta di capire quanto e come vadano tutelati gli impegni assunti dal legislatore, alla luce del generale principio dell'affidamento, cioè di rispetto delle regole poste. Tale principio è stato riconosciuto espressamente dalla giurisprudenza come corollario del principio della certezza del diritto, posto a garanzia di situazioni giuridiche favorevoli per il privato, sempreché l'aspettativa di questi si riferisca a una situazione giuridica consolidata per essersi protratta per un lasso di tempo sufficientemente lungo, e sia guidata dalla buona fede, dall'*apparentia iuris*.

Il legittimo affidamento opera quale limite alla retroattività della legge – ossia all'applicazione di una normativa sopravvenuta a situazioni preesistenti e diversamente regolate –, ammessa nel nostro ordinamento per le norme che non abbiano carattere penale, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e uguaglianza, nonché degli ulteriori valori e interessi costituzionalmente protetti. Infatti, il principio del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica "*costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto e non può essere lesa da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori (ex plurimis, [sentenze n. 24 del 2009](#); [n. 11 del 2007](#); [n. 409 del 2005](#); [n. 446 del 2002](#); [n. 416 del 1999](#) e [n. 390 del 1995](#))*"<sup>9</sup>.

Come precisato in dottrina, "la tutela dell'affidamento presuppone un'aspettativa legittima: non il semplice credere che un dato evento si verificherà (aspettativa semplice), né la convinzione, fondata su informazioni attendibili, che esso accadrà (aspettativa ragionevole); ma piuttosto la previsione del permanere o del modificarsi di una determinata situazione, sulla base di una razionale conoscenza ed esperienza e della vigenza di una determinata disciplina giuridica"<sup>10</sup>.

Ovviamente la tutela dell'affidamento appare più rigida rispetto alle ipotesi di retroattività propria, per la modifica *in pejus* di rapporti già consolidati e completi. In tal caso, infatti, le posizioni giuridiche soggettive dei privati si atteggiano a veri e propri diritti quesiti, ossia diritti del tutto perfezionati, come tali modificabili soltanto in via eccezionale<sup>11</sup>.

Ma non può non tenere anche rispetto ai rapporti di durata. Come già emerso negli anni '50 del secolo scorso sulle leggi di incentivazione, si è ritenuto che ove il legislatore fosse venuto meno all'impegno di arrecare al privato il beneficio promesso, in ragione dei principi di affidamento e

<sup>7</sup> Cfr., per tutti, R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, 254 ss.

<sup>8</sup> Così, [Corte cost., sent. 4 aprile 1990, n. 155](#).

<sup>9</sup> Cfr. [Corte cost., sent. 24 luglio 2009, n. 236](#).

<sup>10</sup> L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998, 157; più ampiamente F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

<sup>11</sup> Si pensi alla giurisprudenza formatasi riguardo alla modifica in senso sfavorevole delle pensioni già in erogazione: per tutte, cfr. [Corte cost., sent. 5 giugno 2013, n. 116](#).

buona fede, ciò “*si [sarebbe risolto] in un inganno a danno del soggetto privato, tanto più ingiusto, in quanto lo Stato avrebbe fatto ricorso al suo atto più impegnativo, la legge, per creare per il privato un vero e proprio trabocchetto*”<sup>12</sup>.

Ecco il punto. Dare efficacia retrospettiva alla modifica di un rapporto di durata si configura come un “trabocchetto” legislativo.

#### 6. Corretta portata delle leggi di interpretazione autentica

Nel caso della questione del doppio mandato di consigliere dell’Ordine, il profilo diviene di ancora più dubbia legittimità in quanto posto con disposizioni di interpretazione autentica.

Il giudice delle leggi ha già chiarito che “*il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze sull’applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, così rendendo vincolante un significato ascrivibile ad una norma anteriore (ex plurimis: [sentenze n. 209 del 2010](#), [n. 24 del 2009](#), [n. 170 del 2008](#) e [n. 234 del 2007](#))*”. Al riguardo “*non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere interpretativo, e sia perciò retroattiva, ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva. Invero, in entrambi i casi si tratta di accertare se la retroattività della norma, il cui divieto non è stato elevato a dignità costituzionale, salvo il disposto dell’art. 25, secondo comma, Cost., trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori e interessi costituzionalmente protetti (ex plurimis: [sentenze n. 93 del 2011](#), [n. 234 del 2007](#) e [n. 374 del 2002](#))*”<sup>13</sup>.

Nella decisione richiamata, vengono richiamati quindi “*i limiti generali all’efficacia retroattiva delle leggi, limiti attinenti alla salvaguardia di principi costituzionali, tra cui il principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto d’introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti, quale principio connaturato allo stato di diritto; la coerenza e la certezza dell’ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (ex plurimis: [sentenze n. 209 del 2010](#) e [n. 397 del 1994](#))*”.

È, dunque, con questi principi che occorre confrontarsi per comprendere se l’efficacia *ex tunc* di una data norma di legge (di interpretazione autentica) strida o meno con valori di rango costituzionale.

Non si può certo “approfittare” del veicolo della interpretazione autentica per introdurre nuove norme con efficacia retroattiva.

#### 7. L’art. 11-quinquies del d.l. n. 135 del 2018 come norma “intrusa” in violazione dell’art. 77 Cost.

Rispetto alla (pseudo) interpretazione autentica operata dall’art. 11-quinquies del d.l. n. 135 del 2018 emerge anche un ulteriore vizio di costituzionalità, non messo in rilievo dalle ordinanze del CNF e comunque considerabile dalla Corte costituzionale sul piano formale.

Tale disposizione è stata aggiunta quale norma del tutto ultronea nella legge di conversione di un decreto-legge del tutto eterogeneo e come tale viola natura e fini della conversione ai sensi dell’art. 77 Cost.

Infatti l’aggiunta in sede di conversione di norme eterogenee rispetto al decreto-legge implica uno stravolgimento dell’istituto del decreto-legge stesso e della funzione ascritta al procedimento di conversione.

---

<sup>12</sup> Così G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell’economia e di diritto dell’energia*, Milano, 1962, 125 ss. specie 143; v. anche A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli sul legislatore futuro*, ora in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 1997, 153 ss.; e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX ediz., Padova, 1976, 1128.

<sup>13</sup> Così [Corte cost., sent. 21 ottobre 2011, n. 271](#).

Negli ultimi anni la Corte costituzionale ha più volte chiarito che – a fronte dell’ormai consolidata forma di governo, basata sempre di più su un utilizzo della decretazione d’urgenza assai lontano dall’impianto costituzionale – sia opportuno, non già convalidare gli scostamenti imposti dal diritto vivente alla forma della Costituzione, bensì rilevare – sapientemente – quando tali scostamenti si siano fatti troppo ampi e rischiosi per la stessa forma di Stato

Ecco allora che, a partire dalla [sent. n. 171 del 2007](#) il sindacato sulle “norme intrusive” in conversione è diventato giustamente rigoroso, dichiarando - in quel caso - incostituzionale una disposizione che correggeva un problema di ineleggibilità del sindaco di Messina “intrusa”, in sede di conversione, in un decreto-legge relativo alla finanza degli enti locali. Lo stesso è accaduto nella [sent. n. 128 del 2008](#), ove la declaratoria di illegittimità ha colpito la disposizione aggiunta sull’esproprio del teatro Petruzzelli in favore del Comune di Bari, in sede di conversione di un decreto-legge recante disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria.

Tale orientamento si è consolidato con le [sent. n. 22 del 2012](#) e [n. 32 del 2014](#) rispetto alle norme sul finanziamento delle calamità inserite nel decreto-legge “mille proroghe” di fine 2010 e all’emendamento sulle sostanze stupefacenti inserito in un decreto-legge sulle Olimpiadi invernali di Torino, con interessanti considerazioni sistematiche anche su natura e funzione del disegno di legge di conversione.

In questi i casi, lo scrutinio sulla verifica di un collegamento tra la disposizione introdotta in sede di conversione e i presupposti del decreto, è stato condotto verificando se – al fondo – i presupposti del decreto-legge originario potessero “reggere” anche le norme aggiunte e se quindi le medesime fossero attinenti all’oggetto del decreto-legge originario.

È la lettura sistematica dell’art. 77 Cost. rispetto agli artt. 70, 71, 72, 73 e 74 della Costituzione ad imporre questa limitazione. Quale rapporto fra eccezione e regola. Al fine di evitare che atti compositi possano compromettere l’esercizio della funzione legislativa, il potere emendativo va esercitato nel rispetto del principio di omogeneità. È solo in relazione alla materia oggetto del decreto o alle finalità di quest’ultimo che sono dunque ammissibili emendamenti in sede di conversione.

Esattamente l’opposto di quanto avvenuto nel caso di specie.

L’art. 11-*quinquies* deriva dall’emendamento 11.0.1000 inserito in maniera del tutto impropria nel decreto “semplificazioni”. È sì vero che il d.l n. 135 aveva fin dall’inizio un “contenuto plurimo” rispondendo alla finalità di introdurre, come specificato nel titolo e nelle premesse, “*disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*”, al fine di superare “*criticità riscontrate nella realtà sociale*” ed “*imprimere ulteriore slancio alla modernizzazione dell’azione pubblica*”.

Ma rispetto a tali finalità è del tutto estraneo un provvedimento che ponga l’interpretazione autentica delle regole elettive per i Consigli dell’Ordine degli Avvocati! Pertanto, è palese anche la violazione dell’art. 77 Cost.

#### 8. Quanto è legittimo il divieto del doppio mandato per gli Avvocati?

Da questo esame, per quanto rapido, a mio avviso non sussistono molti dubbi sul fatto che la normativa impugnata dal CNF travalichi i limiti costituzionali.

Anzitutto, quello della ragionevolezza, in quanto, come già messo in evidenza, prevedendo il limite di due mandati consecutivi e, al riguardo, conteggiando anche quelli espletati prima non solo della stessa entrata in vigore della l. n. 113/2017, ma anche di quella di riforma dell’ordinamento forense (l. n. 247/2012), verrebbe a introdursi una irragionevole disparità di trattamento che la categoria degli Avvocati finirebbe per subir rispetto agli altri organismi di enti rappresentativi.

Peraltro, sempre in punto di ragionevolezza, occorre mettere in evidenza che molto è cambiato dall'entrata in vigore della l. n. 247/2012<sup>14</sup>.

Infatti, per ciò che maggiormente interessa, la durata dei Consigli degli Ordini degli Avvocati, inizialmente prevista in due anni dall'art. 2 del d.lgs. 23 novembre 1944, n. 382, è stata portata a quattro proprio dalla l. 247/2012 (art. 28).

In quest'ottica, è di tutta evidenza che il limite del doppio mandato, introdotto con il comma 5 dell'art. 28 della l. 247/2012, si riferisce a mandati di durata quadriennale e non può in alcun modo concernere quelli svolti in epoca antecedente. In caso contrario, infatti, si incorrerebbe in una ulteriore violazione dell'art. 3 della Costituzione in quanto il soggetto che avesse ricoperto la carica di Consigliere nel mandato 2010 – 2012 (quando l'introduzione del limite del doppio mandato non era neanche ipotizzabile) con riconferma in quello 2102 – 2016 verrebbe a contraddistinguersi per aver svolto un "doppio mandato" di durata inferiore a quella normativamente prevista, finendosi per trovare, dunque, in una situazione di diseguaglianza e compressione dei propri diritti rispetto a chi, eletto per il quadriennio 2012 – 2016, potrebbe legittimamente candidarsi per un ulteriore quadriennio compiendo così il mandato pieno di otto anni.

In secondo luogo, ad ogni modo, ulteriore limite costituzionale valicato è, sicuramente, quello della tutela dell'affidamento legittimo tanto dei votati, quanto dei votanti.

Non può trascurarsi, infatti, la circostanza per cui la norma di interpretazione autentica della disposizione di cui all'art. 3, c. 3, seconda parte, della l. n. 113/2017, sia intervenuta "in corso d'opera", quando cioè il procedimento elettorale era già stato avviato, con conseguente violazione del legittimo affidamento sia di chi, da un lato, si era candidato ragionevolmente confidando nella possibilità di essere eletto per poi veder sfumare tale possibilità a causa della portata retroattiva fornita al citato art. 3, sia, dall'altro, di chi, in qualità di elettore, aveva deciso di esprimere il proprio voto in favore di uno dei candidati venutisi a trovare nella situazione descritta.

Del resto, non può non sottolinearsi come il XXII emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America (1951), dopo aver introdotto con il primo periodo la regola che contempla l'impossibilità di essere eletto alla carica di Presidente per più di due volte, per chi abbia rivestito la carica presidenziale, o per chi abbia agito come Presidente, per più di due anni di un mandato per il quale qualche altra persona era stata eletta come Presidente<sup>15</sup>, nella seconda parte, prevede che "*But this Article shall not apply to any person holding the office of President when this Article was proposed by Congress, and shall not prevent any person who may be holding the office of President, or acting as President, during the term within which this Article becomes operative from holding the office of President or acting as President during the remainder of such term*".

È stato, cioè, stabilito che la previsione contenuta nella prima parte concernente il divieto, non avrebbe trovato applicazione nei confronti di chi avesse rivestito la carica di Presidente nel momento di presentazione dell'emendamento da parte del Congresso, nonché di chi avesse rivestito il medesimo ruolo oppure agito come Presidente nel corso del mandato di intervenuta vigenza dell'emendamento medesimo.

Escludendo così un'efficacia *ex tunc* della prima parte della disposizione e *pro futuro* dei mandati già espletati, che, in quanto rapporti giuridici ormai irretrattabilmente definiti, non sono stati ritenuti idonei a poter essere considerati ai fini della futura applicazione della norma che introduceva il limite dei mandati presidenziali.

---

<sup>14</sup> I compiti e le funzioni dei Consigli degli Ordini degli Avvocati (C.O.A.) ante l. 247/2012 erano stabiliti dall'art. 14 del r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578. Esso, all'art. 38, poneva, ad esempio, in capo agli stessi C.O.A. la titolarità del procedimento disciplinare a carico dei propri iscritti (funzione ribadita anche dall'art. 42 del r.d. 22 gennaio 1934, n. 37). Con l'introduzione della l. 247/2012 i compiti dei C.O.A. sono stati funzionalmente modificati ed ampliati così come stabilito dall'art. 29 della stessa e, quindi, ne viene modificata la natura; infatti, proprio per le nuove funzioni riconosciute ai C.O.A. dalla Legge professionale, il Legislatore ha escluso da tali funzioni la potestà disciplinare demandandola (art. 50) ad appositi organi esterni (i Consigli Distrettuali di Disciplina).

<sup>15</sup> Emendamento che fece seguito ai 4 mandati del Presidente Roosevelt.

A livello italiano significativo è il precedente della introduzione del limite del doppio mandato per i Presidenti di Regione. Il limite è stato reso applicativo con la l. n. 165 del 2004 ed è così sorta la questione della applicabilità a Presidenti che già avevano effettuato due mandati (i casi di Formigoni in Lombardia, Errani in Emilia-Romagna, Iorio in Molise). Questi tre Presidenti si sono ripresentati e sono stati successivamente anche eletti<sup>16</sup>.

Ne è generato un contenzioso che ha ribadito la piena legittimità di tali candidature, ribadendo che il limite va ritenuto *“operativo solo a partire dalle elezioni regionali successive all’entrata in vigore della legge statale, perché non si può limitare in via retroattiva un diritto costituzionalmente garantito – quale è quello elettorale – in difetto di espressa previsione”*<sup>17</sup>.

Ancor più nello specifico, tali principi sono stati ribaditi nella giurisprudenza formatasi circa la rieleggibilità dei Presidenti delle CCIAA a cavallo della novella legislativa del 2010. Anche in ragione della preesistenza del limite (operante fin dal 1993).

Si è infatti osservato che *“la norma limitativa del numero di mandati per la carica di Presidente della Camera di Commercio, lungi dal ritenersi retroattiva, non solo ribadisce principi già stabiliti dalle disposizioni in materia di Camere di commercio, non solo detta una regolamentazione valente per il futuro ..., ma stabilisce una condizione di eleggibilità (o ineleggibilità) che, come tale, si applica fisiologicamente ed immediatamente per le elezioni successive”*<sup>18</sup>.

Del resto, questa interpretazione restrittiva appare necessaria anche alla luce dei principi generali di ermeneutica costituzionale. Proprio la Corte costituzionale ha ricordato *“che le cause di ineleggibilità, derogando al principio costituzionale della generalità del diritto elettorale passivo, sono di stretta interpretazione e devono comunque rigorosamente contenersi entro i limiti di quanto sia ragionevolmente indispensabile per garantire la soddisfazione delle esigenze di pubblico interesse cui sono preordinate. Per l’art. 51 della Costituzione, l’eleggibilità è la regola, l’ineleggibilità l’eccezione”*<sup>19</sup>. Ecco un ulteriore elemento per applicare in maniera comunque restrittiva (e non certo retroattiva) i limiti in questione, senza poi considerare la palese violazione dell’art. 77 Cost.

Alla luce del quadro complessivo, da studioso sono davvero curioso di vedere come si orienterà la Corte costituzionale sul doppio mandato per i Consigli degli Ordini circondariali degli Avvocati, anche per la grande importanza che la questione riveste per tutta una serie di Consigli i cui rinnovi sono ora in corso.

---

<sup>16</sup> Nello specifico, Formigoni è stato Presidente della Giunta regionale lombarda per quattro volte consecutive dal 1995; Errani e Iorio hanno ricoperto tre mandati consecutivi ciascuno dalle elezioni regionali del 2000 e sono stati Presidenti delle rispettive Giunte nell’ultima parte della legislatura regionale anteriore alla riforma costituzionale del 1999.

<sup>17</sup> Cfr. Corte d’Appello di Milano, sez. IV civ., sentt. 1403 e 1404/2011; si v. anche Corte d’Appello di Bologna, sez. I civ., sent. 453/2011.

<sup>18</sup> Così Cons. St., sent. n. 1898 del 2016.

<sup>19</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 46 del 1969](#).

Jacopo Ferracuti

**Polizia giudiziaria e autonomia della magistratura in un interessante conflitto tra poteri su atto legislativo. A margine di [Corte cost., sent. 6 dicembre 2018, n. 229](#)**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vicenda. – 3. La decisione della Corte costituzionale. – 3.1. La decisione rispetto alle eccezioni preliminari sull'ammissibilità del conflitto. – 3.2. La decisione rispetto alla lamentata violazione dell'art. 76 Cost. – 3.3. La decisione rispetto alla lamentata violazione dell'art. 109 Cost. – 3.4. La "non" decisione rispetto alla lamentata violazione dell'art. 112 Cost. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa.*

È conforme alle prerogative costituzionali del pubblico ministero un meccanismo che contempra la trasmissione delle informative di reato dalla polizia giudiziaria al proprio vertice gerarchico?

La questione concerne il classico tema della divisione dei poteri<sup>1</sup>, da sempre oggetto di studio e analisi da parte della dottrina, di recente tornato alla ribalta con specifico riguardo alla relazione tra potere giudiziario e potere esecutivo.

La Corte costituzionale, nell'affrontare il quesito posto in apertura, ha fornito risposta negativa.

Secondo la Consulta, infatti, la previsione della trasmissione, da parte della polizia giudiziaria alla propria scala gerarchica, delle notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, "*indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale*", di cui all'art. 18, co. 5, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177 (recante «*Disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera a), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*») è illegittima perché rende concreto il pericolo di indebite interferenze nella diretta conduzione delle indagini da parte del pubblico ministero, in violazione dell'art. 109 Cost.

A tale conclusione il giudice delle leggi è specificamente pervenuto nel risolvere, con la sentenza in commento, il giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Bari nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri per violazione degli artt. 76, 109 e 112 della Costituzione.

A distanza di qualche mese dalla relativa pubblicazione, e all'esito di un'attenta rilettura, mi sembra che la decisione in esame offra maggiori spunti di riflessione di quelli che, a prima vista, potrebbero essere colti.

La pronuncia si segnala, infatti, anzitutto, per le interessanti considerazioni svolte dalla Corte già in sede di esame delle eccezioni preliminari sollevate dal Governo, di particolare rilevanza per ciò che attiene alla stessa esperibilità, sotto il profilo oggettivo, di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato concernente un atto legislativo.

Di peculiare interesse è, però, soprattutto il merito della vicenda scrutinata, attinente alla salvaguardia delle prerogative del pubblico ministero nella conduzione delle indagini.

---

<sup>1</sup> Senza risalire alle teorizzazioni sul tema di Montesquieu, e a voler focalizzare l'attenzione sul nostro ordinamento, sono note le considerazioni che una parte della dottrina ha formulato in relazione alla individuabilità nel sistema costituzionale nazionale del principio di separazione dei poteri: cfr., in particolare, a titolo esemplificativo, F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, 1966; E. DE MARCO, *Valore attuale del principio della divisione dei poteri*, in *Riv. amm.*, 1996, 1247 e ss.; cfr. anche G. BOGNETTI, *voce Poteri (divisione dei)*, *Dig. disc. pubbl.*, XI, 1996, ID., *La divisione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 1994; A. CERRI, *voce Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, 1990; M. DOGLIANI, *Costituente (potere)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1989; C. ROEHRSEN, *Della separazione dei poteri in Montesquieu e Kelsen con particolare riguardo al potere esecutivo*, in *Riv. amm.*, 1989, 659 ss.; A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale e il principio di indipendenza del giudice*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, 667 e ss.; G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, nonché *La separazione dei poteri, I e II*, Milano, 1979 e 1984; A. PIZZORUSSO, *Organizzazione dei pubblici poteri*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, XXXI, 151

Da questo punto di vista, come meglio si dirà nel corso della presente trattazione, la Consulta, appurato che la previsione dell'art. 18, co. 5, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177 introduce una deroga al segreto investigativo *ex art. 329 c.p.p.* senza, tuttavia, contemplare un preventivo vaglio dell'autorità giudiziaria competente o una qualsiasi altra forma di assenso preventivo, ne rileva l'estrema genericità e indeterminatezza, evidenziando come le incertezze derivanti dalla sua stessa formulazione finiscano per rendere non astratto il pericolo di interferenze nella conduzione delle indagini da parte dell'autorità requirente, con conseguente lesione delle prerogative costituzionali ad essa riconosciute.

## 2. La vicenda.

Ai fini di una miglior comprensione delle considerazioni svolte dalla Corte, è in ogni caso d'obbligo prendere le mosse dalle vicende fattuali che hanno condotto alla pronuncia in commento.

Con ricorso depositato in data 25 luglio 2017 ed iscritto al n. 3 del registro conflitti tra poteri dello Stato 2017, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bari sollevava conflitto di attribuzione nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri, in relazione all'art. 18, co. 5, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 177, recante «*Disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera a), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*», ritenendo la disposizione censurata lesiva delle proprie prerogative, quali costituzionalmente attribuite.

Ai sensi della norma citata «... *al fine di rafforzare gli interventi di razionalizzazione volti ad evitare duplicazioni e sovrapposizioni, anche mediante un efficace e omogeneo coordinamento informativo, il capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza e i vertici delle altre Forze di polizia adottano apposite istruzioni attraverso cui i responsabili di ciascun presidio di polizia interessato, trasmettono alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale*».

Il Procuratore della Repubblica di Bari riteneva non dovuto l'intervento governativo di adozione della norma in questione, in quanto posto in essere in violazione dell'art. 76 Cost., per eccesso di delega, nonché dell'art. 109 Cost., in quanto violativo del rapporto di diretta dipendenza della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria e, infine, dell'art. 112 Cost., per violazione del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale cui il segreto investigativo strettamente inerisce.

In particolare, sotto il profilo dell'eccesso di delega *ex art. 76 Cost.*, assumeva il Procuratore che la disposizione, per come licenziata, non trovava adeguata copertura nella legge di delega e, in particolare, nell'art. 8, co.1, lett. a), della legge 7 agosto 2015, n. 124 («*Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*»), il quale autorizzava il Governo a razionalizzare e potenziare l'«*efficacia delle funzioni di polizia anche in funzione di una migliore cooperazione sul territorio al fine di evitare sovrapposizioni di competenze e di favorire la gestione associata dei servizi strumentali ...*».

Riteneva il ricorrente che tale previsione, la cui *ratio* sottesa era legata a esigenze di semplificazione e razionalizzazione di uffici, servizi ed impiego del personale, non era sufficiente a giustificare l'introduzione della disposizione oggetto del conflitto, tanto più in un caso, come quello di specie, ove nessun accenno era stato fatto, nel corso dei lavori parlamentari che avevano condotto all'approvazione della legge di delega, alla possibilità di prevedere, a carico dei responsabili di ciascun presidio di polizia giudiziaria, una comunicazione in via gerarchica di notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale.

In ordine alla violazione dell'art. 109 Cost., il ricorrente evidenziava, invece, che detto parametro, nel conferire all'autorità giudiziaria il potere di disporre direttamente della polizia giudiziaria, trovava



la sua piena giustificazione nelle superiori esigenze della funzione requirente e giudiziaria e nella necessità di garantire alla magistratura la più sicura e autonoma disponibilità dei mezzi d'indagine, instaurando un rapporto di dipendenza funzionale della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria, tale da escludere interferenze di altri poteri nella condotta delle indagini, in modo che la direzione di queste ultime risulti effettivamente riservata alla autonoma iniziativa dell'autorità giudiziaria medesima.

In tale ottica, secondo il Procuratore, la comunicazione in via gerarchica delle informazioni, prevista dalla disposizione oggetto del conflitto, senza alcun filtro o controllo del pubblico ministero precedente, a beneficio, fra l'altro, anche di soggetti che non rivestono la qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria e che, per la loro posizione apicale, vedono particolarmente stretto il rapporto di dipendenza organica dalle articolazioni del potere esecutivo, si poneva in violazione delle prerogative riconosciute al pubblico ministero nell'esercizio dell'attività d'indagine.

Infine, circa le censure relative all'art. 112 Cost., a detta del ricorrente, occorre tutelare la stretta correlazione esistente tra azione penale obbligatoria e segretezza delle indagini, la deroga alla quale poteva essere fonte di rischi per l'esito positivo delle investigazioni e, per ciò stesso, dell'effettività ed efficacia dell'esercizio dell'azione penale, a tutela delle quali erano stati posti, dal codice di procedura penale, limiti e tempi precisi e rigorosi per la segretezza. Tali regole, secondo il Procuratore, venivano disinvoltamente superate dalla disposizione oggetto del sollevato conflitto, peraltro a beneficio di organi dell'Amministrazione neppure dotati della connotazione di appartenenti alla polizia giudiziaria, come tali privi di legittimazione all'accesso all'attività d'indagine.

Alla luce di quanto dedotto, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bari chiedeva si pervenisse alla declaratoria di non spettanza al Presidente del Consiglio dei Ministri del potere di adottare la disposizione dell'art. 18, co. 5, del d.lgs. 177/2016, nella parte più sopra riportata, con conseguente annullamento della stessa.

Ad ogni modo, ferme le censure sollevate dal ricorrente e poc'anzi brevemente ricordare, una volta instaurato il giudizio, il primo vaglio che la Consulta si è trovata a dover operare è stato quello concernente l'ammissibilità del conflitto sollevato.

Al riguardo, con [ordinanza n. 273/2017](#), depositata in cancelleria il 18 dicembre 2017, la Corte, ai sensi dell'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87, ha dichiarato ammissibile il ricorso proposto.

In ordine al profilo soggettivo, in maniera direi scontata, rilevava, infatti, che *“che, in conformità alla costante giurisprudenza di questa Corte ([sentenze n. 1 del 2013](#), [n. 88](#) e [n. 87 del 2012](#), e [n. 420 del 1995](#); [ordinanza n. 521 del 2000](#)), deve essere riconosciuta la natura di potere dello Stato al pubblico ministero, e in particolare al Procuratore della Repubblica (art. 1, comma 1, del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106, recante «Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera d), della legge 25 luglio 2005, n. 150)», in quanto titolare delle attività d'indagine (art. 109 Cost.) finalizzate all'esercizio obbligatorio dell'azione penale (art. 112 Cost.);*

*che nessun dubbio sussiste in ordine alla legittimazione del Governo, rappresentato dal Presidente del Consiglio dei ministri, posto che l'atto asseritamente lesivo è imputabile a quest'ultimo nella sua interezza ([ordinanze n. 16 del 2013](#), [n. 23 del 2000](#) e [n. 323 del 1999](#))”.*

Segnatamente al versante oggettivo, invece, circa cioè *“l'idoneità di un atto avente natura legislativa – quale quello in questione – a determinare conflitto”*, la Consulta sottolineava che *“la giurisprudenza di questa Corte ritiene che tale idoneità sussista tutte le volte in cui dalla norma primaria derivino in via diretta lesioni dell'ordine costituzionale delle competenze ([ordinanze n. 17](#) e [n. 16 del 2013](#), e [n. 343 del 2003](#)), salvo che sia configurabile un giudizio nel quale la norma primaria risulti applicabile e quindi possa essere su di essa sollevata, in via incidentale, questione di legittimità costituzionale ([sentenze n. 284 del 2005](#) e [n. 221 del 2002](#));*

*che, nel caso di specie, l'effettiva configurabilità di un tale giudizio non emerge prima facie, restando impregiudicata, anche su tale aspetto, ogni diversa valutazione in seguito al pieno dispiegarsi del contraddittorio tra le parti”.*

Dichiarata l'ammissibilità del ricorso, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bari provvedeva, dunque, in data 18 gennaio 2018 alla rituale notifica dello stesso, unitamente alla copia conforme dell'ordinanza di ammissibilità, al Governo della Repubblica, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Quindi, provvedeva a depositarlo in termini presso la competente cancelleria.

Esaurita la fase di ammissibilità, in data 9 marzo 2018 si costituiva in giudizio il Governo della Repubblica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato.

Secondo il Governo il ricorso proposto era, preliminarmente, inammissibile per tre ordini di ragioni. In primo luogo, perché ipotetico, dal momento che, secondo le prospettazioni di parte resistente, ciò che il Procuratore lamentava non era una lesione attuale, concreta e diretta delle proprie attribuzioni, bensì una possibile lettura della disposizione impugnata, di modo che, prima di sollevare il conflitto, il ricorrente avrebbe dovuto verificare che la norma censurata effettivamente fosse interpretata nel senso temuto.

In secondo luogo, perché carente del requisito della residualità, invece necessario allorché venga in contestazione una lesione delle prerogative costituzionali perpetrata a mezzo di un atto legislativo, in quanto, secondo l'Avvocatura, la legittimità della disposizione impugnata sarebbe potuta venire in rilievo anche in altri e differenti giudizi.

Infine, per difetto di motivazione, posto che il ricorso del Procuratore si contraddistingueva per l'ampio richiamo in esso operato a parti della delibera assunta dal Consiglio superiore della magistratura del 15 giugno 2017, che l'Avvocatura asseriva richiamata *per relationem* con conseguente carenza, in seno ad esso, di un'autonoma elaborazione ed argomentazione dei motivi e, in particolare, dei profili di lesione delle attribuzioni del ricorrente.

Al di là di tali eccezioni preliminari, il Governo sosteneva, altresì, l'infondatezza nel merito del conflitto sollevato.

Rispetto alla lamentata violazione dell'art. 76 Cost., anzitutto perché, secondo l'Avvocatura generale, nel conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, era possibile lamentare solo la lesione dei parametri costituzionali che delineano le competenze del potere cui appartiene l'organo ricorrente, mentre il vizio di eccesso di delega, in quanto afferente all'astratta legittimità costituzionale della disposizione censurata, di per sé non poteva dirsi idoneo a determinare alcuna invasione o minaccia di lesione delle proprie attribuzioni. E, comunque, perché la disposizione adottata, secondo il Presidente del Consiglio, si poneva in linea con le finalità di cui alla legge delega, potendo conseguirsi la finalità di migliorare la "*cooperazione sul territorio*" tra le varie Forze di polizia, oltre che con misure di carattere organizzativo o logistico, anche sul versante del coordinamento informativo ed operativo, ferma restando, in ogni caso, la legittimità della norma per la particolare ampiezza della delega concessa, in quanto suscettibile di investire diversi e plurimi aspetti dell'organizzazione e del funzionamento dell'intero comparto della pubblica sicurezza.

In ordine all'art. 109 Cost., invece, l'Avvocatura, ricordato che la scelta del costituente è stata quella di non imporre la creazione di un autonomo corpo di polizia giudiziaria, svincolato dall'esecutivo e posto alle esclusive dipendenze della magistratura, chiariva come la disposizione censurata non comportava alcuna ingerenza sul potere di direzione delle indagini da parte del pubblico ministero, dal momento che non veniva in nessun modo incisa la disciplina recata sul punto dal codice di rito (con riguardo, agli artt. dal 55 al 58, nonché all'art. 327 c.p.p.). A dimostrazione dell'assunto, secondo il Governo, era, altresì, utile il richiamo alla disposizione, dal tenore analogo a quella oggetto di ricorso, di cui all'art. 237 del d.P.R. n. 90/2010 che, con specifico riferimento all'Arma dei Carabinieri, conteneva una previsione sostanzialmente identica senza aver mai dato luogo, nella sua lunga prassi applicativa, ad alcuno dei problemi di lesione delle attribuzioni costituzionalmente garantite quali paventati dal Procuratore ricorrente.

Infine, rispetto all'art. 112 Cost., secondo le prospettazioni del Presidente del Consiglio dei Ministri, non era corretto l'assunto secondo il quale il fondamento del segreto di indagine si sarebbe dovuto rinvenire nell'evocato parametro costituzionale, venendo invero in rilievo un istituto processuale posto a presidio di un valore diverso, rappresentato dalla necessità di garantire il buon

esito dell'azione penale, sotto il profilo della ricerca della verità, dell'acquisizione delle prove e della genuinità di queste ultime, con la conseguenza, secondo tale prospettiva, dell'ascrizione del segreto di indagine ai principi recati in generale dall'art. 111 Cost. in materia di esercizio della giurisdizione penale. L'esecutivo sosteneva, inoltre, a sostegno della propria tesi, che nonostante l'art. 112 Cost. assolveva anche ad una funzione di garanzia dell'indipendenza del pubblico ministero, la posizione di questi sarebbe tuttavia caratterizzata da specifiche peculiarità rispetto agli altri magistrati appartenenti all'ordine giudiziario, in quanto la garanzia della sua indipendenza sarebbe rimessa alla legge ordinaria, la quale non detterebbe norme volte a sancire l'intangibilità in assoluto del segreto investigativo, prevedendo, anzi, numerose deroghe volte alla tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti, addirittura "esterni" al processo, di cui sarebbero portatori altri poteri dello Stato.

Tali risultando le argomentazioni dei poteri in conflitto, per la definizione del giudizio, veniva fissata l'udienza pubblica del 6 novembre 2018, in vista della quale entrambe le parti depositavano memoria con la quale venivano ribadite le rispettive posizioni, come sopra esplicitate.

Celebrata l'udienza con l'audizione dei legali delle parti in causa, la Corte costituzionale, con [sentenza n. 229](#), depositata in cancelleria in data 6 dicembre 2018, si pronunciava accogliendo il ricorso proposto dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bari.

### *3. La decisione della Corte costituzionale.*

Con la sentenza in commento, in particolare, il giudice delle leggi, definendo favorevolmente per il ricorrente il conflitto sollevato, ha dichiarato *“che non spettava al Governo della Repubblica adottare l'art. 18, comma 5, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 177, recante «Disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera a), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche», nella parte in cui prevede che «[e]ntro il medesimo termine, al fine di rafforzare gli interventi di razionalizzazione volti ad evitare duplicazioni e sovrapposizioni, anche mediante un efficace e omogeneo coordinamento informativo, il capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza e i vertici delle altre Forze di polizia adottano apposite istruzioni attraverso cui i responsabili di ciascun presidio di polizia interessato trasmettono alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale», e conseguentemente annulla[va] tale disposizione nella parte indicata”*.

Per poter pervenire alla decisione in questione, la Corte si è trovata ad affrontare numerose questioni, sia preliminari che di merito, la cui analisi offre molteplici spunti di riflessione.

Nel prosieguo della trattazione si tenterà, dunque, di mettere in evidenza i passaggi più significativi della decisione assunta dal giudice delle leggi.

#### *3.1. La decisione rispetto alle eccezioni preliminari sull'ammissibilità del conflitto.*

Prima di passare al merito della questione sollevata, la Corte costituzionale opera un'assai interessante premessa in ordine ai presupposti di sollevabilità del conflitto tra poteri dello Stato che si connoti per la natura legislativa dell'atto da cui, secondo il potere istante, scaturisce la lesione della sfera di attribuzioni ad esso costituzionalmente riservate.

Simile fattispecie, *species* del più ampio *genus* conflitti tra poteri, ricorreva, infatti, nel caso di specie.

La Consulta, a scioglimento della riserva in parte assunta con l'[ordinanza n. 273/2017](#), ha confermato l'orientamento ivi già espresso, pronunciandosi favorevolmente in ordine all'ammissibilità del conflitto.

In questo ambito, la sentenza risulta di peculiare interesse non tanto in relazione al profilo soggettivo, quanto, piuttosto, per ciò che riguarda il versante oggettivo del conflitto sollevato.

Dal punto di vista dei soggetti, infatti, è pacifica, in quanto già riconosciuta, la natura di poteri dello stato sia del Procuratore della Repubblica, sia, ovviamente, del Presidente del Consiglio dei Ministri: il primo in quanto autorità giudiziaria che dispone direttamente della polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 109 Cost., e perciò titolare delle attività d'indagine finalizzate all'esercizio obbligatorio dell'azione penale in virtù dell'art. 112 Cost.; il secondo in quanto organo cui risulta imputabile il potere esecutivo nella sua interezza.

Il problema che si pone attiene, come anticipato, all'aspetto oggettivo del giudizio.

Si tratta, cioè, di capire se l'astratta possibilità per il ricorrente di sollevare una questione di legittimità costituzionale di una data disposizione legislativa in un comune giudizio, possa impedire di richiederne l'annullamento in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

La questione è assai risalente nel tempo ed ha suscitato, sin da subito, l'interesse della dottrina<sup>2</sup>.

In passato, c'è da dire, non sono mancati i casi (taluni, per vero, anche abbastanza recenti) in cui la Corte ha ritenuto inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzioni vertente su atto legislativo sul presupposto, per l'appunto, che “*esista un giudizio*” in cui l'atto legislativo può trovare applicazione<sup>3</sup>.

Va, però, altrettanto detto che se il discorso finisse per arrestarsi *sic et simpliciter* qui, allora in taluni particolari casi potrebbe probabilmente venire a determinarsi una lesione delle attribuzioni costituzionali riservate ai vari poteri dello Stato, soprattutto nelle ipotesi in cui questi non abbiano la concreta possibilità di instaurare un giudizio ove provvedere poi a sollevare incidentalmente la questione.

Il timore, sembra potersi affermare, appare fondato. Tanto è vero che l'iniziale ritrosia<sup>4</sup> ad ammettere conflitti di attribuzione contro atti normativi primari<sup>5</sup> è stata gradualmente lasciata alle spalle dalla Consulta<sup>6</sup>, che si è aperta nel senso del riconoscimento dell'esperibilità del rimedio in

---

<sup>2</sup> Basti citare, in proposito, F. SORRENTINO, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, 755 ss.

<sup>3</sup> Si vedano, in tal senso, le pronunce richiamate nella stessa statuizione in commento, vale a dire la sentenza n. 284 del 2005 in *Giur. cost.*, 2005, IV, 2756 ss., nonché le ordinanze n. 16 e n. 17 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, I, 274 ss., o, ancora, la sentenza n. 38 del 2008, in *Giur. cost.*, 2008, I, 386 ss., la sentenza n. 343 del 2003, in *Giur. cost.*, 2003, III, 3581 ss., segnalandosi, sul punto, e con riferimento a tale pronuncia il commento di R. PINARDI, *Ancora un conflitto su atto legislativo (ovvero: la legge sul referendum alla luce della modifica dell'art. 132 comma 2 Cost.)*, ivi, 3585 ss., n. 144 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, II, 1373 ss. con commento di F. BIONDI, *Le «regole diverse» alla base dei conflitti tra poteri promossi dagli organi giudiziari*, ivi, 1377 ss. e, infine, nello stesso senso, anche le [ordinanze n. 1 del 2009](#), in *Giur. cost.*, 2009, I, 1 ss. e [n. 14 del 2009](#), in *Giur. cost.*, 2009, I, 101 ss.

<sup>4</sup> Emblematica è, in tal senso, la [sentenza n. 406 del 1989](#), in cui la Corte afferma, per la verità con motivazione molto debole, che l'ammissione del conflitto di attribuzione contro atti di rango legislativo avrebbe finito per rappresentare un elemento di rottura del sistema costituzionale che, per quanto concerne la legge (e gli atti equiparati) è incentrato nel sindacato incidentale. È, comunque, da segnalare, per l'espressione di tale principio, l'utilizzo da parte della Consulta dell'ellittica “*in linea di principio*”, con una formula, dunque, che, pur non immediatamente anticipando, comunque neppure escludeva le aperture poi in concreto successivamente verificatesi. Per il testo della sentenza, cfr. *Giur. cost.*, 1989, I, 1831 ss. A commento di tale sentenza, cfr. S. M. CICONETTI, *L'esclusione della legge dal giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato*, ivi, 1869 ss.; P. CIRIELLO, *Corte dei conti e controllo sugli atti di normazione primaria del Governo*, ivi, 1875 ss.; A. PUGIOTTO, *La corte dei conti in conflitto con gli organi di indirizzo politico: profilo soggettivo, profilo oggettivo e soluzione di merito*, ivi, II, 2174 s.; A. PISICCHIO, *La Corte costituzionale tra riduzioni delle garanzie dell'ordinamento e strane respiscenze*, in *Rivista della corte dei conti*, 1989 (n. 4), 172 ss.; A. PISANESCHI, *Conflitto di attribuzioni tra corte dei conti, parlamento e governo*, ivi, 1990 (n. 1), 275 ss.; P. VERONESI, *La sentenza n. 406/1989 della Corte costituzionale: problemi generali e implicazioni sulla forma di governo*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno n. 2*, Milano, 1992, 269 ss.

<sup>5</sup> Per una disamina e lettura della giurisprudenza costituzionale precedente alla [sent. n. 457 del 1999](#), si veda, ad esempio, R. BIN, *Un nuovo «ricorso diretto» contro le leggi?*, in *Giur. cost.*, 1999, III, 3919 ss.

<sup>6</sup> Rilevante, in tal senso, è la [sentenza n. 161 del 1995](#), in *Giur. cost.*, 1995, II, 1346 ss., con note di C. Pinelli, *Può la pari opportunità di voci convertirsi nell'imposizione del silenzio?*, ivi, 1363 ss., e di P. Veronesi, *Atti legislativi e conflitti di attribuzione*, ivi, 1371 ss. La pronuncia in questione esprime una sostanziale inversione dell'orientamento manifestato nella [sentenza n. 406 del 1989](#) in merito all'esclusione delle leggi e degli atti aventi forza di legge dal campo di

questione anche a fronte di atti legislativi, in tal modo pervenendo a un approdo che, seppur in parte, era già stato paventato da parte della dottrina<sup>7</sup>.

La “svolta” in tal senso, dopo la [pronuncia n. 161 del 1995](#)<sup>8</sup>, è segnata dalla decisione assunta con la [sentenza n. 457 del 1999](#)<sup>9</sup>, nell’ambito della quale la decisione di ammissibilità del conflitto sollevato dalla Corte dei conti contro il Governo in relazione a taluni decreti legislativi che limitavano il potere di controllo della magistratura contabile, non viene argomentata in termini di deroga rispetto alla regola generale dell’inammissibilità.

Il giudice delle leggi chiarisce, infatti, che a differenza della giurisdizione costituzionale sulla legittimità delle leggi, il cui ambito è determinato in relazione ai tipi di atti assoggettabili al giudizio, la stessa giurisdizione, con riguardo ai conflitti, è determinata solamente in relazione alla natura dei soggetti che confliggono e alle rispettive competenze la cui integrità essi difendono.

Secondo la Consulta, ne discende come conseguenza che la valutazione sull’ammissibilità del conflitto deve esclusivamente basarsi sull’interesse ad agire e sulla lesione della sfera di attribuzione, senza che, in tale ottica, rilevi la natura degli atti da cui tale lesione scaturisce.

In altre parole, dunque, non essendo il giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato preordinato a stabilire la legittimità dell’atto impugnato, la natura eventualmente legislativa di quest’ultimo non rileva ai fini di una corretta decisione circa l’ammissibilità del conflitto medesimo<sup>10</sup>.

Non sarebbe, infatti, ragionevole, nell’ipotesi sopra prospettata di potere dello Stato impossibilitato a provocare un incidente di costituzionalità, che la tutela della relativa sfera di attribuzioni costituzionali venga subordinata alla duplice eventualità che un altro soggetto intenda eccipere la questione di legittimità costituzionale e che, una volta sollevata la questione in certi termini, il giudice *a quo* si determini favorevolmente in ordine alla rilevanza e non manifesta infondatezza della stessa<sup>11</sup>.

È la caratteristica doppiamente eventuale della descritta situazione ad escluderne, dunque, e direi del tutto ragionevolmente, la conformità alla *ratio* e alla stessa natura dell’istituto del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

È per tale ragione che, nella sentenza in commento, la Corte afferma “*che l’ammissibilità del ricorso per conflitto su atto legislativo è altresì subordinata alla circostanza che la lesione delle attribuzioni costituzionali non possa essere rilevata, sotto forma di eccezione di legittimità costituzionale nel giudizio in via incidentale, proprio dal soggetto direttamente interessato (sentenza n. 457 del 1999; ordinanza n. 38 del 2001)*. Da questo punto di vista, non è la mera configurabilità di un giudizio nel quale la disposizione può trovare applicazione a ostacolare l’ammissibilità del conflitto: deve trattarsi di un giudizio in cui il soggetto (o meglio: il potere dello Stato), che ha

---

applicazione dei giudizi sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, ancorché con essa non possono, tuttavia, ancora dirsi stabilmente poste le premesse per un sindacato di tali atti in simili giudizi.

<sup>7</sup> Cfr. F. SORRENTINO, ult. op. cit., nonché M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Milano, 1972; A. PACE – F. SORRENTINO, *Memoria illustrativa della Corte dei conti*, in *Giur. cost.*, 1989, 1854.

<sup>8</sup> In particolare, riprendendo quanto anticipato nella nota n. 6, con la [sent. n. 161 del 1995](#), la Corte ha ammesso il conflitto avente ad oggetto un decreto-legge, rilevando come, nei casi in cui il giudizio in via incidentale si riveli insufficiente, il conflitto possa essere “*la forma necessaria per apprestare una difesa in grado di unire all’immediatezza l’efficacia*”. Di lì a poco l’applicabilità è stata estesa anche alla legge e al decreto legislativo.

<sup>9</sup> In *Giur. cost.*, 1999, 3906 s., con note di R. BIN, *Un nuovo «ricorso diretto» contro le leggi?*, ivi, 3919 ss., e di C. DE FIORES, *La “tormentata” ascesa dei conflitti di attribuzione su atti legislativi*, ivi, 3923 ss.

<sup>10</sup> Secondo A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzioni giurisdizionali*, in A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore. Atti del Seminario di Roma, 5 ottobre 2000*, Torino, 2001, 23, è con tale pronuncia che la Consulta “*spalanca le porte al conflitto su atto legislativo*”.

<sup>11</sup> Già A. CELOTTO, *Una inammissibilità che non persuade*, in questa [Rivista, Studi, 2005](#) (17.VII.2005), premesso che riservare al giudizio incidentale la salvaguardia delle competenze costituzionali di un organo legittimato al conflitto significa condizionare questa tutela anche alla possibilità di trovare in concreto un giudice che se la senta di ritenere la questione non solo rilevante, ma anche non manifestamente infondata, aveva sollevato dubbi sulla conformità con il sistema delle garanzie costituzionali dell’idea di condizionare la tutela di competenze di tono costituzionale alla valutazione di un giudice *a quo*. Secondo l’autore, “*L’impianto costituzionale impone di mantenere al conflitto le vesti di una extrema ratio, ma non bisogna incorrere nel rischio opposto di rendere la tutela connessa a tale strumento una mera chimera!*”.

*ritenuto di lamentare la lesione della propria sfera di attribuzioni attraverso il ricorso per conflitto, avrebbe la possibilità di proporre l'eccezione di legittimità costituzionale. Deve cioè trattarsi di un giudizio in cui quel soggetto sia o possa essere a tutti gli effetti parte*"<sup>12</sup>.

La Consulta, in altre parole, chiarisce che il conflitto su atto legislativo non è inammissibile allorché la lesione delle attribuzioni costituzionali possa essere puramente e semplicemente rilevata, sotto forma di eccezione di legittimità costituzionale, nel giudizio in via incidentale, ma che lo diventa nel momento in cui detta eccezione possa essere sollevata dallo stesso potere dello Stato che ha agito mediante la via del conflitto, per la tutela delle proprie prerogative costituzionali.

È, dunque, su questa base, e sulla connessa rilevata impossibilità per l'autorità giudiziaria requirente di promuovere d'ufficio un incidente di costituzionalità, che la Consulta ha ritenuto oggettivamente ammissibile il conflitto sollevato, considerando il requisito della residualità ipoteticamente postulabile solamente con riguardo alla magistratura giudicante<sup>13</sup>.

Per tirare le fila del discorso è, dunque, possibile affermare che la regola (che vale, quindi, per l'ordinarietà dei casi) è quella dell'esclusione del conflitto di attribuzione ogni qual volta in cui la legge dalla quale deriva la lesione della sfera di competenze assegnate in Costituzione possa essere denunciata mediante giudizio in via incidentale: ciò che tipicamente accade allorché, come detto, l'usurpazione o la menomazione riguardi un potere dello Stato nella cui potestà vi sia quella di provocare l'incidente di costituzionalità (è il caso, ad esempio, dell'autorità giudiziaria ordinaria, nell'esercizio delle sue funzioni).

Detta regola non ha, tuttavia, carattere assoluto, dovendosi intendere, infatti, serenamente derogata ogni qual volta in cui il potere dello Stato interessato non abbia la possibilità di sollevare questione di legittimità in via di eccezione, nel qual caso prevalendo e dovendosi salvaguardare il principio di effettività della tutela delle attribuzioni costituzionali.

Come si verifica, per l'appunto, rispetto alla magistratura requirente.

Il tutto risulta egregiamente compendiato nella sentenza in commento, ove si afferma limpidamente che *"In una tale situazione, considerare inammissibile il ricorso in ragione della sola natura dell'atto in ipotesi lesivo (quello con valore legislativo) nonché in ragione della eventuale, futura, configurabilità, su quell'atto, di un giudizio in via incidentale, risulterebbe contrario alla logica e alla natura stessa dell'istituto del conflitto tra poteri"*<sup>14</sup>.

La posizione della Corte è netta. Chiarita tale questione, sempre in via preliminare, la Consulta ha poi disatteso anche le ulteriori eccezioni sollevate dall'Avvocatura dello Stato. In particolare, sempre in termini generali, rispetto all'argomentazione spesa dal Governo per cui il conflitto sollevato sarebbe risultato meramente ipotetico, è interessante evidenziare come la Corte si accontenti di un giudizio di *"sufficienza, ai fini della configurabilità dell'interesse a ricorrere e quindi dell'ammissibilità del conflitto, anche della sola minaccia di lesione, purché attuale e concreta, e non meramente congetturale (sentenze n. 379 del 1996 e n. 420 del 1995)"*<sup>15</sup>.

La positiva risoluzione delle questioni ricordate ha, dunque, consentito di passare a conoscere del merito della vicenda.

### *3.2. La decisione rispetto alla lamentata violazione dell'art. 76 Cost.*

Passando al merito delle censure prospettate dal ricorrente, la Corte ha affrontato *in primis* quella attinente alla lamentata violazione, da parte della disposizione censurata, del vizio di eccesso di delega *ex art. 76 Cost.*

---

<sup>12</sup> § 2.2. del considerato in diritto.

<sup>13</sup> In tale passaggio, la pronuncia in commento sembra fare un passo ulteriore rispetto a quanto affermatosi con la [sent. n. 457 del 1999](#), ove si era messa in evidenza l'inammissibilità del conflitto tra poteri dello Stato allorché la legge sia denunciabile dal soggetto interessato nel giudizio incidentale, come accade, si era ivi sottolineato genericamente, allorché l'usurpazione o menomazione del potere riguardi l'autorità giudiziaria, nell'esercizio delle sue funzioni.

<sup>14</sup> § 2.2. del considerato in diritto.

<sup>15</sup> § 2.3. del considerato in diritto.

Il giudice delle leggi ha ritenuto fondata l'eccezione al riguardo articolata dal Presidente del Consiglio dei Ministri, condividendo l'assunto del potere resistente per cui nel conflitto fra poteri dello Stato sarebbe possibile lamentare la sola lesione dei parametri costituzionali che delineano le attribuzioni del potere cui appartiene l'organo ricorrente, mentre non sarebbe consentito dolersi della violazione di una disposizione costituzionale, quale l'art. 76 Cost., che, riguardando i rapporti tra legge delega e decreto legislativo delegato, atterrebbe al corretto atteggiarsi del sistema delle fonti del diritto.

Invero, secondo la Corte, *“In linea di principio, l'organo ricorrente per conflitto di attribuzione deve lamentare una diretta lesione delle sfere di competenze che la Costituzione gli riconosce, e tale esigenza è, se possibile, ancor più stringente laddove il conflitto tra poteri dello Stato abbia ad oggetto un atto avente valore legislativo. In assenza di tale limitazione, il significato del ricorso al rimedio del conflitto tra poteri potrebbe risultarne alterato in misura significativa, fino a trasformarsi in un controllo di conformità di una disposizione legislativa alla luce di qualunque parametro costituzionale, controllo che investirebbe il potere dello Stato ricorrente di una inesistente funzione di vigilanza costituzionale e del compito di sollecitare a questo scopo l'intervento della Corte costituzionale. Questa considerazione risulterebbe ancor più evidente proprio in riferimento all'art. 76 Cost., in virtù della natura logicamente preliminare dello scrutinio che lo assume a parametro, che involge il corretto esercizio della funzione legislativa (ex plurimis, [sentenze n. 51 del 2017](#) e [n. 250 del 2016](#))”*<sup>16</sup>.

In sostanza, dunque, la Consulta, ritiene che il parametro dell'art. 76 Cost. non possa essere invocato dal potere dello Stato ricorrente in sede di conflitto di attribuzione, in quanto lo scrutinio circa il rispetto della disposizione *de qua* finirebbe per trasformare lo stesso giudizio attivato: il conflitto verrebbe, cioè, a configurarsi come la sede in cui operare il controllo di conformità di una disposizione legislativa alla luce di qualunque parametro costituzionale, quando, al contrario, dovrebbero in esso venire in evidenza solamente censure tese a dimostrare l'intervenuta lesione delle attribuzioni costituzionalmente attribuite.

Il ragionamento della Corte, principalmente incentrato sulla struttura e funzione dello strumento del conflitto tra poteri dello Stato, con riguardo a tale specifica questione, potrebbe però prestare il fianco a differenti ordini di critica, soprattutto laddove lo si valuti in un'ottica di stampo sostanziale.

Due sono le considerazioni che, mi sembra, possono scaturire dall'analisi della parte motiva riportata e che avrebbero potuto condurre ad un esito diverso della decisione assunta in ordine all'eccesso di delega lamentato dal ricorrente.

Innanzitutto, infatti, la violazione dell'art. 76 Cost. avrebbe potuto essere legittimamente scrutinata se la Corte, come pure non era irragionevole ritenere, avesse considerato la disposizione costituzionale in questione nella funzione non di parametro autoreferenziale, bensì come strumentale all'emersione della lesione delle proprie attribuzioni lamentata dal Procuratore ricorrente.

In tale ottica, invero, la Consulta avrebbe potuto prendere in considerazione anche il parametro dell'art. 76 Cost.

Ad aprire spiragli verso una decisione che in tal senso avrebbe potuto essere assunta dalla Corte è l'analisi dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza costituzionale - pur con qualche temperamento - in ordine al giudizio che si instaura con il ricorso in via principale.

Mediante tale strumento, infatti, le Regioni possono invocare la violazione di disposizioni estranee alla Parte II, Titolo V, della Costituzione (che definisce le competenze regionali) purché tale violazione si accompagni, o comunque sia la causa, della lesione della sfera di attribuzioni loro costituzionalmente riservata<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> § 3. del considerato in diritto.

<sup>17</sup> Cfr., in tal senso, a titolo esemplificativo, la [sentenza n. 503 del 2000](#), in *Giur. cost.*, 2000, III, 3891 ss., emessa all'esito dell'impugnazione da parte di alcune Regioni di uno dei decreti legislativi, il n. 134 del 1998, di attuazione della delega contenuta nell'art. 11, co. 1, lett. b), della L. n. 59 del 1997, ove la Corte argomenta chiaramente nel senso indicato nel testo.

In altre parole, dunque, in simili giudizi, la violazione dell'art. 76 Cost., o delle norme interposte contenute nella legge delega, deve avere l'idoneità a tradursi in una lesione delle attribuzioni riservate alle Regioni dalla carta costituzionale, pena, nel caso di semplice contrasto con la legge di delega, la declaratoria di inammissibilità del ricorso promosso<sup>18</sup>.

L'orientamento riportato pare potersi mutuare, per analogia, anche rispetto ai conflitti per attribuzione tra poteri dello Stato, posto che sia nel ricorso in via diretta, sia nel conflitto, ad essere lamentata è, di fatto, un'indebita ingerenza, da altri commessa, nelle prerogative costituzionali del soggetto ricorrente.

Pertanto, in quest'ottica, non sembra un azzardo affermare come anche nell'ambito dei conflitti tra poteri possano astrattamente trovare ingresso le censure concernenti la violazione dell'art. 76 Cost. allorché, per loro tramite, si lamenti un eccesso di delega non *ex se* considerato, ma quale veicolo che ha determinato un'incisione negativa sulla sfera del ricorrente.

Allorché, cioè, la violazione dell'art. 76 Cost. ridondi nella violazione di altro e differente parametro costituzionale.

Nel caso deciso con la sentenza in commento, la condizione in esame avrebbe potuto, del resto, esser considerata come inverata.

Il Procuratore, infatti, a mezzo della doglianza per cui tra i principi e criteri direttivi di cui alla legge delega n. 124/2015 non era stata esplicitata la previsione di una comunicazione alla scala gerarchica dei responsabili di ciascun presidio di polizia delle notizie relative all'inoltro all'autorità giudiziaria delle informative di reato acquisite, mirava, per l'appunto, a dimostrare l'intervenuta violazione delle proprie prerogative costituzionalmente previste, con conseguente lesione dello Statuto del pubblico ministero, della polizia giudiziaria e violazione del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale.

Avuto riguardo di ciò, la pronuncia potrebbe, dunque, esporsi sul punto a qualche perplessità.

La Corte ritiene, infatti, che pur a voler rinvenire nel ricorso un'argomentazione tesa a evidenziare la ridondanza della lamentata violazione dei principi e dei criteri direttivi della delega sulle attribuzioni costituzionali del pubblico ministero di cui agli artt. 109 e 112 Cost, sarebbe comunque *“agevole osservare che la lamentata incisione sulle sue attribuzioni, da parte della disposizione impugnata per conflitto, deriverebbe non già dall'eventuale eccesso di delega imputabile all'art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 177 del 2016, bensì, in via diretta e immediata, dalla violazione dei parametri costituzionali, prima ricordati, pertinenti alle attribuzioni del pubblico ministero”*<sup>19</sup>.

Il giudice delle leggi nega, cioè, la stessa possibilità che, nel caso in commento, l'art. 76 Cost. possa fungere da veicolo per dare contezza dell'intervenuta lesione delle prerogative del potere ricorrente, così di fatto implicitamente affermando (o, quantomeno, potendosene desumere) che, laddove l'eccesso di delega avesse rappresentato l'unica censura sollevata, il ricorso sarebbe stato per ciò respinto.

Il che potrebbe, tuttavia, non apparire del tutto condivisibile, sia per quanto sopra detto (circa l'analogia con i ricorsi in via diretta) e sia perché, in tal modo, la Consulta non sembra aver tenuto a mente come già in passato - e precisamente con la [sentenza n. 139 del 2001](#)<sup>20</sup> - sia stata dichiarata, in esito ad un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (sollevato dalla Corte dei conti avverso il

---

<sup>18</sup> Per dovere di completezza, occorre, tuttavia, segnalare che E. ROSSI, *Cacofonie giuridiche per gli enti lirici*, in *Le Regioni*, ritiene che, in realtà, la Corte, con la sentenza richiamata alla nota precedente, [n. 503 del 2000](#), non abbia sanzionato la violazione di competenze costituzionalmente garantite, bensì di un qualcosa di meno (l'eliminazione dell'obbligo di Intesa tra Stato e Regioni per l'individuazione degli enti lirici da privatizzare) che la declaratoria di illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 134 del 1998 per violazione dei parametri costituzionali del Titolo V non avrebbe consentito, ma che trova, però, nell'art. 76 Cost. il parametro per l'individuazione del vizio. Allo stesso modo, per il medesimo dovere di completezza, occorre, tuttavia, segnalare come lo stesso autore riconosca come tale passaggio non venga, per vero, molto chiarito nella sentenza *de qua*.

<sup>19</sup> § 3. del considerato in diritto.

<sup>20</sup> In *Giur. cost.*, 2001, I, 1109 ss., con commento di F. BERTOLINI, *L'eccesso di delega nel conflitto su atto legislativo: estensione del modello o figura tipica?*, ivi, 1132 ss. e E. MALFATTI, *La Corte dei conti in conflitto con il Governo: nasce un «superpotere»?*, ivi, 1141 ss.



Governo), l'illegittimità di una disposizione contenuta in un decreto legislativo, in quanto relativa ad una materia non ricompresa nell'oggetto della legge di delega<sup>21</sup>.

Per violazione, quindi, proprio dell'art. 76 Cost.

Anzi, in quel caso, addirittura, la Corte, dopo aver affrontato in linea di principio l'ammissibilità del conflitto sotto il profilo della violazione di entrambi i parametri richiamati (artt. 76 e 100 Cost.), ha posposto l'esame della compatibilità del d.lgs. n. 286 del 1999 con l'art. 100 Cost., per affrontare *in primis* proprio il presunto mancato rispetto delle previsioni contenute nella legge di delega, sotto il profilo del vizio di oggetto. Verificata, poi, l'effettiva violazione dei limiti della delegazione, il giudice delle leggi ha finito per accogliere il ricorso senza far luogo al controllo, reso "superfluo", si dice nella decisione, della dedotta violazione dell'art. 100 Cost.<sup>22</sup>.

Pur a voler ammettere – come la Consulta, di fatto, ritiene<sup>23</sup> – che in quel caso la Corte sia pervenuta a tale pronuncia, previa ricomprensione dell'art. 76 Cost. tra gli specifici parametri costituzionali che contribuiscono a determinare lo statuto della Corte dei conti, attesa la peculiarità del caso e la posizione dello specifico potere ricorrente, non si può, in ogni caso, trascurare lo stretto collegamento che può venire a determinarsi proprio tra l'art. 76 Cost. e l'art. 109 Cost. (in relazione al quale la Corte ha accolto il ricorso proposto) allorché per effetto di un intervento governativo su delega parlamentare si abbia a elidere, o quantomeno compromettere, il rapporto funzionale intercorrente tra autorità giudiziaria e polizia giudiziaria (e lo stesso discorso può replicarsi, ovviamente, con l'art. 112 Cost. in caso di atto con forza di legge che incida sul carattere obbligatorio dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero).

Vale a dire che lo statuto del pubblico ministero, il complesso delle proprie prerogative costituzionali, non dovrebbe essere individuato *sic et simpliciter* negli artt. 109 e 112 Cost. (che effettivamente ne individuano nel merito le relative attribuzioni), bensì, in tutti i casi di decreti-legge o decreti legislativi delegati che abbiano a incidere sul sopracitato rapporto, nel combinato disposto

---

<sup>21</sup> F. BERTOLINI, ult. op. cit., ritiene, in particolare, che la censura relativa all'eccesso di delega si mostra suscettibile di evidenziare una ipotesi di carenza di poteri da parte del Governo, il quale, oltrepassando i limiti della delegazione, sembrerebbe esercitare una funzione non delegata: su questa base, ritiene che, sul piano formale, il conflitto che venga sollevato in relazione all'atto del Governo con forza di legge, fa sì che il vizio della delegazione legislativa, invece di costituire un ampliamento di dubbia giustificazione del conflitto su atto legislativo, si manifesterebbe, al contrario, come una più coerente esplicazione della giurisprudenza costituzionale al riguardo, essendo per sua natura riferibile non già ad un cattivo esercizio della funzione legislativa, ma ad una sorta di difetto dei suoi presupposti.

<sup>22</sup> Più nel dettaglio, con la sentenza citata, il cui dispositivo è alquanto emblematico, la Corte costituzionale ha stabilito che non spettava al Governo adottare l'art. 3, co. 1, del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, e, per conseguenza, lo ha annullato. La disposizione annullata aveva abrogato l'art. 8 della legge 21 marzo 1958, n. 259, ai sensi del quale la Corte dei conti ha facoltà di formulare, in qualsiasi momento, rilievi riferiti agli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria e indirizzati al Ministro del tesoro e al Ministro competente per materia, ove riscontri irregolarità nella gestione o comunque qualora lo ritenga opportuno. La Corte costituzionale, accogliendo la tesi proposta dalla Corte dei conti, ha rilevato che la delega in base alla quale è stato emanato il decreto legislativo, contenuta negli artt. 11 e 17 della legge 15 marzo 1997, n. 59, espressamente riferita ai meccanismi e agli strumenti "di monitoraggio e di valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche", non comprendeva la riforma della disciplina dei controlli sugli "enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria": si tratta infatti di una categoria "eterogenea di enti i quali, nel sistema normativo vigente, conformemente a quanto accadeva nella legislazione precostituzionale, sono oggetto di disciplina distinta da quella che riguarda le strutture della pubblica amministrazione". In particolare, l'ammissibilità della censura per eccesso di delega si è basata sulla considerazione per cui l'art. 76 Cost. "regola l'esercizio della funzione legislativa delegata dal Parlamento al Governo e l'intervento del Governo sulla disciplina dei casi e delle forme del controllo attribuito alla Corte dei conti non giustificato dalla delega legislativa ricevuta, configura un'ipotesi possibile di conflitto, a tutela del principio di legalità che, secondo la Costituzione, presiede all'ordinamento dei poteri della Corte dei conti".

<sup>23</sup> Laddove afferma che "Del resto, nella più recente pronuncia che decise un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dalla Corte dei conti, nel quale era allegata la violazione proprio dell'art. 76 Cost., questa Corte affermò con chiarezza che «il soggetto costituzionale confliggente può far valere nel conflitto esclusivamente le norme della Costituzione che ne configurano le attribuzioni» ([sentenza n. 221 del 2002](#); in senso parzialmente analogo, [sentenze n. 139 del 2001](#) e [n. 457 del 1999](#)). Se in quella pronuncia tra tali norme fu ricompreso l'art. 76 Cost., ciò derivò dalla specificità del caso e dalla posizione del potere ricorrente, appunto la Corte dei conti." (cfr. § 3. del considerato in diritto).

dei parametri sopracitati e dell'art. 76 Cost., quest'ultimo con funzione integrativa dei primi sul differente piano del metodo della produzione legislativa in materia.

Art. 76 Cost. che, in quest'ottica, verrebbe, dunque, a fungere da parametro "mobile", eventuale, di stampo "procedurale", delle attribuzioni costituzionali del pubblico ministero che, allorché vengano in evidenza, come nella fattispecie, atti con forza di legge, si aggiunge ai parametri "fissi", di natura "sostanziale", degli artt. 109 e 112 Cost.

Un parametro che verrebbe, ovviamente, ad assumere una "valenza negativa", nel senso cioè del divieto per il Governo di incidere, distorcendolo, sul rapporto funzionale che, ad esempio, l'art. 109 Cost. contempla tra autorità e polizia giudiziaria.

In quest'ottica la violazione dell'art. 76 Cost. avrebbe potuto essere valutata dal Collegio, tanto più attesa l'impossibilità per il potere ricorrente di promuovere un incidente di costituzionalità sulla normativa censurata, valorizzando così il ruolo di *extrema ratio* che il rimedio del conflitto riveste nel nostro sistema.

Credo che la Corte non sia stata del tutto inconsapevole di questa possibile "falla" (se così può definirsi) del proprio ragionamento e che, per prevenirla, o quantomeno per non esporsi a critiche di sorta, abbia cercato di mettere in evidenza sin da subito che la lamentata incisione delle attribuzioni del Procuratore non fosse da ricercarsi nell'eccesso di delega lamentato, discendendo, invece "*in via diretta e immediata, dalla violazione dei parametri costituzionali, prima ricordati, pertinenti alle attribuzioni del pubblico ministero*", ossia gli artt. 109 e 112 Cost.

Tuttavia, non sembra che ciò possa dissipare i dubbi sul ragionamento sul punto espresso dalla Consulta.

Se si tiene a mente, infatti, come poc'anzi anticipato, la stessa natura del rimedio del conflitto di attribuzione, di *extrema ratio* cui ricorrere allorché non vi sia altra possibilità per consentire lo scrutinio da parte della Corte di un atto legislativo della cui conformità a Costituzione si dubiti<sup>24</sup>, allora, in quest'ottica, come si può negare la possibilità di un vaglio sul rispetto (anche) dell'art. 76 Cost.?

Il conflitto di attribuzione si configura come uno strumento "di chiusura" del sistema costituzionale<sup>25</sup> al fine di fornire adeguate garanzie di fronte a forme di lesione delle attribuzioni costituzionali, determinate anche da atti di natura legislativa, che non sia possibile far valere *aliunde*.

In tale prospettiva, posto che il ricorrente – come la Corte stessa richiede nell'ottica dell'ammissibilità del conflitto sollevato – non era in condizione, perché non ne aveva la possibilità, di essere parte in un giudizio in cui, in via di incidente, sollevare la questione di legittimità costituzionale, mi sembra che negare, in sede di ricorso per conflitto di attribuzione, lo scrutinio sulla dedotta violazione dell'art. 76 Cost. finisca per dar luogo ad una situazione irragionevole, oltretutto contraria ai più basilari principi di equità e giustizia sostanziale.

E ciò, anche a voler in ipotesi ritenere il citato parametro autoreferenziale e non strumentale alla lesione delle prerogative costituzionali del potere ricorrente.

A quanto appena detto si lega poi il secondo, più breve, spunto di riflessione più sopra preannunciato.

Ferme restando le considerazioni svolte, mi pare che la Corte, se avesse ravvisato un *fumus* di fondatezza della lamentata violazione dell'art. 76 Cost., per risolvere la questione, avrebbe potuto, al limite, sollevare davanti a sé stessa una questione di legittimità costituzionale.

Ancorché non sia così frequente che la funzione di giudice *a quo* venga assunta dalla Consulta stessa<sup>26</sup>, nel caso in esame, mi pare che se fosse stata ritenuta meritevole di scrutinio la censura di

---

<sup>24</sup> Ciò che, nel caso di specie, il giudice delle leggi, si è visto, chiarisce in via preliminare trattando il profilo dell'ammissibilità del conflitto sollevato.

<sup>25</sup> Vedasi sul punto, circa la natura del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato come istituto chiusura del sistema costituzionale o strumento residuale, R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, 3; G. RIVOCCHI, *Il Parlamento nei conflitti di attribuzione*, Padova, 2003, 94.

<sup>26</sup> Ciò che è accaduto, ad esempio, con le [ordinanze n. 73 del 1965](#), in *Giur. cost.*, 1965, X, 1207 ss., [n. 22 del 1960](#), in *Giur. cost.*, 1960, V, 210 ss., con commento di C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice «a quo»*, ivi, 212 ss., [n. 44 del 1978](#), in *Giur. cost.*, 1978, I, 526 ss., o con la [sentenza n. 259 del 1974](#), in *Giur. cost.*, 1974, II, 2884 ss. Più

eccesso di delega, la Corte, ferma la decisione di insindacabilità del vizio di eccesso di delega nel conflitto sollevato, per evitare anche il solo rischio di consentire, implicitamente, l'applicazione della norma impugnata, avrebbe potuto procedere all'attivazione del procedimento mirante al controllo di costituzionalità della norma in questione.

Del resto, tale potere di auto-remissione, espressamente contemplato da altri sistemi<sup>27</sup>, risulta ormai da tempo pacificamente ammesso e praticato anche nel nostro ordinamento dal giudice delle leggi<sup>28</sup>.

In particolare, nel nostro sistema, sono le maglie più larghe che connotano il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel giudizio di costituzionalità, rispetto ai comuni giudizi, a consentire l'operatività di un simile meccanismo.

Portando, infatti, all'estremo il principio in questione, previsto dalla normativa sul suo funzionamento<sup>29</sup>, la Corte può per tale via eccezionalmente superare le strettoie derivanti dalla circoscrizione del giudizio di legittimità costituzionale nei confini fissati dall'ordinanza di rimessione e dalla necessaria incidentalità della questione di legittimità costituzionale che porta ad escludere la possibilità per la Consulta di promuovere *ex officio* una questione di costituzionalità nell'ambito del giudizio sulle leggi.

Ancorché la possibilità che la Corte potesse prendere in considerazione la censura attinente all'art. 76 Cost. anche nel conflitto deciso con la sentenza in commento avesse, forse, per quanto precedentemente detto, maggiori *chances* di realizzazione, non per questo può affermarsi con certezza che la via dell'auto-remissione fosse da scartare del tutto.

Probabilmente, la Consulta, entrando nel merito della questione complessivamente sollevata e ritenendola fondata in relazione ad altro parametro costituzionale, ha optato per la soluzione più agevole<sup>30</sup>, liquidando la questione della scrutinabilità dell'art. 76 Cost. nei termini riportati, per approfondire, piuttosto, il proprio sforzo nell'esame delle altre doglianze sollevate dal Procuratore.

La scelta, sia consentito, non convince del tutto.

Anche perché, e per concludere sul punto, occorre, altresì, tenere a mente che, nel trattare del parametro dei giudizi, a differenza dell'art. 39 per i conflitti intersoggettivi tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni, l'art. 37 della L. n. 87 del 1953, rispetto ai conflitti interorganici tra poteri dello Stato,

---

di recente può ricordarsi, invece, l'[ordinanza n. 42 del 2001](#), relativa alla questione decisa con la [sentenza n. 288 del 2001](#), in *Giur. cost.*, 2001, II, 2378 ss., nonché l'[ordinanza n. 114 del 2014](#), concernente la questione definita dalla [sentenza n. 255 del 2014](#), in *Giur. cost.*, 2014, VI, 4490 ss.

<sup>27</sup> Esempio tipico è quello del sistema austriaco. Secondo l'art. 140 della carta costituzionale austriaca, "*La Corte di giustizia costituzionale decide sulla incostituzionalità di una legge federale o provinciale su richiesta della Corte di giustizia amministrativa, della Corte suprema di giustizia, di un tribunale chiamato a decidere in seconda istanza, o di una Sezione amministrativa indipendente, od anche d'ufficio quando la Corte stessa debba applicare tale legge in un procedimento pendente*". Generalmente questo può accadere in sede di controllo di legittimità dei regolamenti e di ricorso individuale contro provvedimenti amministrativi lesivi di diritti costituzionalmente garantiti dall'art. 144 Cost. Al fianco del controllo astratto, si ha così un controllo di tipo concreto tale non solo nell'accesso in via "incidentale" su iniziativa di un giudice, ma anche nel ricorso diretto individuale. Sull'importanza di questa via di accesso alla giustizia costituzionale, tra gli autori italiani, si segnala B. CARAVITA, *Corte giudice a quo e introduzione del giudizio sulle leggi (I). La Corte costituzionale austriaca*, Cedam, Padova, 1985, in particolare, 105 ss.

<sup>28</sup> Anche se non è disciplinato specificamente da alcuna norma, taluno ha ravvisato, a giusta ragione, punti di contatto con l'invalidità consequenziale di cui all'art. 27 della legge n. 87 del 1953 (nella sua seconda parte laddove si dispone che la Corte "*dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata*"). V. C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice «a quo»*, in *Giur. cost.*, 1960, 212 ss., come richiamato, insieme ad altra dottrina che pure si è posta a favore dell'autorimessione (Mortati e Barile), da A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008, 152.

<sup>29</sup> Secondo l'art. 27, legge n. 87 del 1953, la Corte costituzionale "*quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime*".

<sup>30</sup> Ciò che, mi pare, possa evincersi anche dalla considerazione del dato "quantitativo", posto che la Corte ha dedicato una sola pagina e mezzo allo scrutinio della doglianza relativa all'art. 76 Cost., a fronte delle oltre nove nelle quali si è, invece, dilungata in relazione all'art. 109 Cost.

parla genericamente di “*norme costituzionali*” e non già di “*disposizioni della Costituzione e delle leggi costituzionali*”.

La differenza è agevolmente superabile, ma non già nel senso di restringere alle sole disposizioni formalmente costituzionali l' idoneità a costituire parametro, quanto di estenderla (per tutti i tipi di conflitti) anche alle norme consuetudinarie o alle norme legislative che integrino e specificino le competenze costituzionali: tanto è vero che la giurisprudenza si è orientata in tal senso, ammettendo a parametro tutte le norme, anche di legge ordinaria, anche consuetudinarie, che contribuiscono a specificare l'attribuzione delle competenze.

Per cui, se parametro nei conflitti tra poteri dello Stato possono essere anche norme di legge ordinaria e/o, addirittura, aventi rango consuetudinario, non si vede perché non possa esserlo l'art. 76 Cost., che è norma di grado costituzionale, allorché, come sopra anticipato, a mezzo della stessa venga lamentata la lesione della sfera di attribuzioni quale costituzionalmente delimitata in favore del potere ricorrente.

In definitiva, se si da dimostrazione che, eccedendo nella delega conferitagli dal Parlamento, il Governo ha finito per ledere il riparto delle competenze costituzionali del potere ricorrente, nel caso in cui, in ipotesi, l'eccesso di delega risulti l'unica doglianza sollevata, non sarebbe equo – per non dire che apparirebbe davvero irragionevole – denegare la giurisdizione, soprattutto laddove non sussista in concreto (come, del resto, la stessa Corte riconosce nel caso in commento) la possibilità di provocare sulla specifica questione un incidente di costituzionalità.

In quest'ottica, una volta chiarita la postulabilità del requisito della residualità solo con riguardo alla magistratura giudicante, il Collegio avrebbe potuto concretamente e in maniera consequenziale esaminare la doglianza relativa alla violazione dell'art. 76 Cost., in quanto strumentalmente proposta per dare evidenza della violazione delle prerogative costituzionali del pubblico ministero.

Ma così, come visto, non è stato.

### *3.3. La decisione rispetto alla lamentata violazione dell'art. 109 Cost.*

La Corte ha riconosciuto fondato il conflitto sollevato dal Procuratore presso il Tribunale di Bari, “*essendo stata lesa la sfera di attribuzioni costituzionali del ricorrente delineata dall'art. 109 Cost.*”, in quanto, ha ritenuto il giudice delle leggi, “*le peculiarità della disposizione oggetto di conflitto pongono innanzitutto in discussione la diretta dipendenza funzionale della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria. L'art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 177 del 2016 prevede infatti, in capo alla polizia giudiziaria, obblighi informativi in deroga al segreto investigativo in favore di soggetti, estranei al perimetro della polizia giudiziaria stessa, che si identificano nei superiori gerarchici dei responsabili dei presidi di polizia di volta in volta interessati. Proprio questo aspetto pone in tensione il principio delineato dall'art. 109 Cost., ...*”<sup>31</sup>.

L'impianto motivazionale della decisione si fonda sul previo riconoscimento di come la disposizione di legge impugnata finisca per introdurre una deroga al c.d. segreto investigativo.

Trattasi di un segreto che, come riconosce la Corte, presenta i caratteri della specificità (è, cioè, relativo a singoli atti d'indagine) e della non perpetuità (in quanto, normalmente, limitato nel tempo).

Esso si caratterizza, soprattutto, in quanto nel sistema delineato dal codice di rito richiede, per la relativa deroga, un previo vaglio della stessa autorità giudiziaria competente, che ben può rigettare, motivandone le ragioni, una richiesta di atti e informazioni.

Al fine di riconoscere la legittimità, o meno, di una norma derogatoria occorre, dunque, vagliare il rispetto delle suddette caratteristiche.

Ciò che la Corte ha fatto nel caso di specie.

In particolare, per giungere alla conclusione sopra ricordata, la Consulta si sofferma sulla disciplina recata dall'art. 237, co. 1, del d.P.R. n. 90 del 2010<sup>32</sup>, per i comandi dell'Arma dei

<sup>31</sup> § 4. del considerato in diritto.

<sup>32</sup> Ai sensi dell'art. 237 (*Obblighi di polizia giudiziaria e doveri connessi con la dipendenza gerarchica*), co. 1, del d.P.R. 15 marzo 2010, n. 90 (recante il «*Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare*,

carabinieri, in quanto è da essa che è stata mutuata quella trasfusa nell'art. 18, co. 5, del d.lgs. n. 177 del 2016.

La Consulta sottolinea come l'apparente distonia tra la disciplina del segreto investigativo e la disposizione regolamentare poc'anzi citata sia stata risolta in via di prassi, la quale ha fornito una modalità di composizione, in via interpretativa, di tale problematico rapporto. Infatti, attraverso una serie di disposizioni a carattere interno all'Arma, è stato stabilito che le segnalazioni ai superiori gerarchici di cui alla norma regolamentare *de qua* debbano limitarsi a riportare gli elementi essenziali del fatto, escludendo qualsiasi aspetto di interesse investigativo e, comunque, con l'osservanza degli obblighi di cui al c.p.p. e delle relative norme di attuazione.

Invero, l'espressione "*indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale*", ivi prevista, attraverso un sia pur generoso ricorso alla natura poliseno dell'avverbio iniziale, è stata fin dall'origine intesa nel senso che tali obblighi debbano essere "fatti salvi", posto che, altrimenti, diversamente intendendola, si sarebbe illegittimamente consentito che una fonte di rango regolamentare finisse per derogare la disciplina sul segreto investigativo recata da una fonte di rango superiore (l'art. 329 c.p.p.).

In tal modo, essendosi dunque esclusa, perché impedita dal rango della fonte, ogni deroga al segreto investigativo, l'art. 237 del d.P.R. n. 90 del 2010 è stato infine effettivamente applicato solo in vista di un coordinamento informativo a finalità organizzative.

Il parallelismo con la citata previsione regolamentare ha un ruolo non di poco conto nella sentenza in commento, in quanto la Corte rileva come "*in riferimento all'ultimo inciso dell'art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 177 del 2016, non è percorribile la via di un'interpretazione che legga l'espressione «indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale» nel senso che tali obblighi siano "fatti salvi", ricorrendo alla stessa generosa lettura data, peraltro solo in sede amministrativa ed operativa, all'art. 237 d.P.R. n. 90 del 2010*"<sup>33</sup>, a ciò ostando un evidente argomento di stampo letterale (in quanto il significato più comune e diffuso dell'avverbio "*indipendentemente*", subito percepibile dall'interprete, è quello che allude a una eccezione o deroga, al prescindere da qualcosa).

La norma censurata, quindi, secondo la Corte risulta "*Chiara nella sola introduzione di una deroga ad obblighi del codice di rito*"<sup>34</sup>.

Essa, tuttavia, sempre a giudizio del giudice delle leggi, "*è assai meno [chiara] nelle altre parti del suo contenuto precettivo*"<sup>35</sup>.

La Consulta ritiene, infatti, la disposizione censurata viziata per indeterminatezza e genericità.

I dubbi si attestano, in particolare, sul novero dei soggetti sui quali grava l'obbligo d'informazione<sup>36</sup> e su quello dei relativi beneficiari, in quanto "*la disposizione rende del tutto probabile che notizie coperte dal segreto investigativo finiscano nella sfera di conoscenza di una platea ampia di soggetti che non hanno alcun titolo a rapportarsi con l'autorità giudiziaria concretamente competente sull'attività d'indagine*"<sup>37</sup>.

Allo stesso modo, incertezze vengono riscontrate anche per quanto riguarda l'ambito oggettivo di ciò che deve essere comunicato ai superiori, posto che la locuzione utilizzata ("*notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria*") lascia l'interprete nel dubbio se oggetto

---

a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246»): "*Indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale, i comandi dell'Arma dei carabinieri competenti all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, danno notizia alla scala gerarchica della trasmissione, secondo le modalità stabilite con apposite istruzioni del Comandante generale dell'Arma dei carabinieri*".

<sup>33</sup> § 5.1. del considerato in diritto.

<sup>34</sup> § 5.2. del considerato in diritto.

<sup>35</sup> § 5.2. del considerato in diritto.

<sup>36</sup> Tanto che le incertezze ermeneutiche hanno indotto il Capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza, in una corrispondenza intrattenuta con alcuni procuratori della Repubblica, a chiarire, con nota del 6 marzo 2017, peraltro senza alcun aggancio testuale nell'art. 18, co. 5, del d.lgs. n. 177 del 2016, che l'obbligo informativo non varrebbe a carico dei componenti le sezioni di polizia giudiziaria istituite presso ogni procura della Repubblica.

<sup>37</sup> § 5.2. del considerato in diritto.

dell'obbligo di trasmissione sia l'informativa di reato oppure solo la notizia relativa al suo inoltro, e se perciò le informazioni da comunicare debbano essere limitate a dati esteriori effettivamente utili al coordinamento informativo e organizzativo (numero degli indagati, tipologia di reati, complessità delle indagini), oppure debbano ricomprendere dati di interesse investigativo (come ad esempio, il nome degli indagati o dei destinatari di attività d'intercettazione in corso, il contenuto di singoli atti investigativi).

Ma ancora, rileva la Corte, interrogativi riguardano anche la stessa ampiezza complessiva delle informazioni da trasmettere, poiché la disposizione impugnata non chiarisce se l'obbligo informativo riguardi tutte, indiscriminatamente, le *notitiae criminis*, ovvero solo una selezione delle più rilevanti tra di esse, *“lasciando anche qui spazio a istruzioni che mettono in risalto un'ampia discrezionalità degli ufficiali di polizia giudiziaria nella scelta di quanto effettivamente inoltrare al livello superiore”*<sup>38</sup>.

Così come altrettanti dubbi concernono, infine, l'estensione dell'obbligo introdotto, non risultando chiaro se esso debba dirsi estinto all'esito della prima trasmissione dell'iniziale notizia di reato, oppure debba ritenersi esteso anche ai cosiddetti seguiti d'indagine, in quanto rilevanti per l'esercizio dell'attività di raccordo informativo.

All'esito di tale complessiva riflessione, rilevato che la disposizione di cui si richiede l'annullamento introduce una deroga alla previsioni del codice di rito sul segreto investigativo e che, tuttavia, il suo contenuto precettivo non risulta di immediata comprensione, la Corte richiama il rapporto funzionale tra autorità e polizia giudiziaria, il quale *“ha il preciso e univoco significato di istituire un rapporto di dipendenza funzionale della seconda nei confronti della prima, escludendo interferenze di altri poteri nella conduzione delle indagini, in modo che la direzione di queste ultime ne risulti effettivamente riservata all'autonoma iniziativa e determinazione dell'autorità giudiziaria medesima”* e *“non ammette invece che si sviluppino, foss'anche per legittime esigenze informative ed organizzative, forme di coordinamento investigativo alternative a quello condotto dal pubblico ministero competente”*<sup>39</sup>.

Secondo la Consulta le ambiguità testuali disseminate sotto vari profili nella disposizione impugnata non escludono affatto che i previsti obblighi d'informazione nei confronti dei superiori gerarchici, alla luce dell'autorizzata deroga al rispetto degli obblighi previsti dal codice di rito a tutela del segreto investigativo, possano concretamente finire per concentrare presso soggetti posti ai vertici delle Forze di polizia una notevole quantità di dati e informazioni di significato investigativo, avente carattere ultroneo rispetto alle necessità di coordinamento e di organizzazione perseguite dalla legge delega.

Posto, infatti, che *“Tali soggetti non rivestono, come ricordato, la qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 57 cod. proc. pen., ma detengono, del tutto legittimamente, un potere di controllo e condizionamento nei confronti degli ufficiali di polizia giudiziaria, derivante dallo stesso modello organizzativo che l'art. 109 Cost. ha accolto”*, la Corte ritiene *“Proprio per questa ragione, [che] non è astratto il pericolo che ne risultino interferenze nella diretta conduzione delle indagini da parte dell'autorità giudiziaria, in lesione, innanzitutto, dell'art. 109 Cost. Inoltre, la comunicazione ai superiori gerarchici di informazioni di significato investigativo, indipendentemente da un vaglio preliminare affidato al prudente apprezzamento dell'autorità giudiziaria, carica di significati indebiti la stessa dipendenza burocratica degli appartenenti alla polizia giudiziaria rispetto a tali loro superiori, rischiando per converso di indebolirne la dipendenza funzionale rispetto al pubblico ministero, con elusione del delicato equilibrio scolpito nella disposizione costituzionale in questione”*<sup>40</sup>. In definitiva, *“I complessivi difetti, fin qui descritti, della disposizione impugnata determinano la trasformazione di un legittimo coordinamento informativo e organizzativo in una*

---

<sup>38</sup> § 5.2. del considerato in diritto.

<sup>39</sup> § 6. del considerato in diritto.

<sup>40</sup> § 6. del considerato in diritto.

*forma indebita di coordinamento investigativo, in lesione delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria*<sup>41</sup>.

È per tale ragione che, ritiene la Consulta, “*non spetta al Governo della Repubblica approvare una disciplina come quella contenuta nel secondo periodo dell'art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 177 del 2016, che va pertanto annullata*”<sup>42</sup>.

Nel complesso, la decisione assunta dalla Corte mi sembra ribadisca, salvaguardandolo da tentativi di distorsione, il tradizionale impianto caratterizzante i rapporti tra autorità e polizia giudiziaria.

Impianto che, si ricordi, risulta finanche antecedente alla stessa entrata in vigore della carta costituzionale.

Ai fini di una miglior comprensione di quanto affermato, si rende necessario ricordare, brevemente, l'*excursus* storico che ha condotto alla attuale formulazione dell'art. 109 Cost.

In principio, stante il difetto di previsioni statutarie sul punto, l'affidamento di compiti di direzione della polizia giudiziaria agli organi del pubblico ministero era da individuarsi nel codice di procedura penale del 1865, nell'ambito del quale già risultava configurato, infatti, un nesso di dipendenza funzionale degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria dal procuratore generale e dal procuratore del Re, ancorché detti ufficiali e agenti non fossero inquadrati nel Ministero della giustizia, ma risultassero strutturati in una pluralità di amministrazioni.

Il successivo codice di rito del 1913, come conseguenza del progressivo processo di distacco del pubblico ministero dal potere esecutivo e della tendenziale equiparazione del primo agli organi della magistratura giudicante, ha reso poi più stretto il collegamento della polizia giudiziaria alla funzione giurisdizionale, mediante la previsione di un potere disciplinare dell'autorità giudiziaria nei confronti degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria.

A risultare, però, vigente all'epoca dei lavori della Costituente era il quadro normativo individuabile nel nuovo codice di procedura penale del 1930, il quale, all'art. 220, prevedeva che gli organi di polizia giudiziaria esercitassero le loro attribuzioni “*sotto la direzione e alla dipendenza del procuratore generale presso la corte d'appello e del procuratore della Repubblica, osservate le disposizioni che nei rispettivi ordinamenti ne regolano i rapporti interni di dipendenza gerarchica*”.

Lo stesso codice contemplava anche, all'art. 229, sanzioni disciplinari che il procuratore generale era competente a irrogare agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria nei casi di mancata esecuzione o ritardo nell'esecuzione di un ordine dell'autorità giudiziaria, ovvero di esecuzione parziale o negligente<sup>43</sup>. Completava il citato quadro normativo il testo originario dell'ordinamento giudiziario, che assegnava al procuratore generale la direzione e la vigilanza sulla polizia giudiziaria nel distretto di corte d'appello e conferiva i medesimi poteri al procuratore della Repubblica, in via subordinata a quelli del procuratore generale e nei limiti del territorio del circondario di tribunale. In sostanza, dunque, già in epoca statutaria, può dirsi sicuramente individuabile un collegamento di tipo funzionale tra la magistratura requirente e la polizia giudiziaria. Nesso poi ripreso e ribadito anche nella Costituzione del 1948 dai costituenti. In realtà, prima di pervenire all'odierna formulazione dell'art. 109 Cost., in seno all'Assemblea Costituente si discusse molto sull'opportunità e/o necessità di istituire un nesso di dipendenza esclusiva, piuttosto che (solamente) diretta (o funzionale che dir si voglia)<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> § 6. del considerato in diritto.

<sup>42</sup> § 6. del considerato in diritto.

<sup>43</sup> Art. 229 (*Sanzioni disciplinari per gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria*): “*Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, che violano disposizioni di legge per le quali non è stabilita una sanzione speciale o che ricusano o ritardano l'esecuzione d'un ordine dell'Autorità giudiziaria ovvero lo eseguono soltanto in parte o negligenemente, sono puniti con la censura, alla quale può essere aggiunta la condanna al pagamento di una somma da lire cinquecento a mille a favore della Cassa delle ammende, senza pregiudizio dell'azione penale se ne è il caso.*”

*Le predette sanzioni si applicano dal procuratore generale presso la corte d'appello, sentito il trasgressore nelle sue discolpe, sono comunicate per l'esecuzione all'Autorità dalla qual l'ufficiale od agente gerarchicamente dipende*”.

<sup>44</sup> In particolare, la prima qualificazione fu sostenuta da quanti volevano evitare ogni possibile interferenza governativa con l'attività di polizia giudiziaria, la seconda da parte di chi intendeva conservare, almeno per il momento, la situazione normativa esistente.

A prevalere fu, però, alla fine, quest'ultimo orientamento, incline al mantenimento dello *status quo*, tra gli altri, caldeggiato specialmente da Giovanni Leone, il quale, pur esprimendo l'auspicio che l'Italia si trovasse presto “*in condizione, anche sotto l'aspetto economico, da poter istituire un corpo di polizia giudiziaria autonomo, come tale soltanto alle dipendenze dell'autorità giudiziaria, senza le interferenze di nessun altro organo amministrativo*”<sup>45</sup>, ritenne che una formulazione della norma calibrata su un programma di tal fatta sarebbe risultata, in concreto, inattuale.

Si decise, dunque, all'esito di varie discussioni, per il mantenimento della situazione già esistente nei fatti, ossia per l'instaurazione di un nesso di dipendenza dal contenuto meramente funzionale, optando, pertanto, per l'utilizzo, nell'ambito del testo dell'art. 109 Cost., del richiamo al solo potere di disposizione della polizia giudiziaria, in quanto formula ritenuta maggiormente idonea a esplicitare l'esclusione della configurazione di dipendenze di tipo organico ed organizzativo.

Anche alla luce di tale percorso storico, e riprendendo quanto sopra anticipato, pare possibile affermare, quindi, come la sentenza in commento sia intervenuta a salvaguardia di un'impostazione – quella del rapporto funzionale intercorrente tra autorità e polizia giudiziaria – assai risalente del nostro ordinamento, la cui genesi deve essere ricercata già nel periodo immediatamente successivo all'unificazione nazionale.

A volersi esprimere mediante l'utilizzo di metafore, si potrebbe dire che l'intervento della Consulta si erge a “scudo” volto a difendere l'ordinamento interno da “colpi di spada” finalizzati a elidere o, quantomeno indebolire, la diretta dipendenza degli organi di polizia giudiziaria dal pubblico ministero, così garantendo che le informative di reato non fuoriescano dal circuito della polizia giudiziaria.

Da questo angolo di visuale, la decisione della Consulta, mi pare, si pone, altresì, in linea con gli indirizzi in passato già espressi, sul punto, dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

Invero, e ancorché rispetto alla tematica in discussione non sia dato rinvenire un numero cospicuo di decisioni, è comunque possibile ricordare come la Corte costituzionale abbia già avuto modo di pronunciarsi sulla natura del rapporto funzionale tra polizia giudiziaria e autorità requirente, il quale, secondo il giudice delle leggi, risponde alla “*necessità di garantire alla magistratura la più sicura ed autonoma disponibilità dei mezzi di indagine*”<sup>46</sup>.

Sempre secondo la Consulta, il predetto rapporto di dipendenza funzionale esclude “*ogni interferenza di altri poteri nella condotta delle indagini, in modo che la direzione ne risulti effettivamente riservata all'autonoma iniziativa dell'autorità giudiziaria*”<sup>47</sup>.

Non è un caso, mi sembra, che i richiamati arresti della giurisprudenza costituzionale siano stati adoperati nella sentenza in commento come pilastri dell'*iter* logico-sistematico sulla cui base la Corte ha escluso, una volta ravvisate ed evidenziate le ricordate ambiguità testuali della norma impugnata, che possano svilupparsi “*foss'anche per legittime esigenze informative ed organizzative, forme di coordinamento investigativo alternative a quello condotto dal pubblico ministero competente*”<sup>48</sup>.

I precedenti sull'argomento sono stati, dunque, tenuti a mente dal Collegio giudicante.

Anzi, proprio a tal riguardo, mi pare che, nella vicenda in commento, sia possibile rinvenire un'applicazione *a contrario* o, per meglio dire, all'inverso, del principio che la Consulta aveva espresso nella [sentenza n. 122 del 1971](#)<sup>49</sup>.

In quel caso, la Corte si era trovata ad affrontare il problema dell'estensione del principio della diretta disponibilità della polizia giudiziaria da parte dell'autorità requirente, a soggetti diversi da quelli ai quali tradizionalmente veniva attribuita la qualifica di appartenente alle forze di polizia giudiziaria.

---

<sup>45</sup> V. seduta del 26 novembre 1947, in A.C., V, 4127 ss.

<sup>46</sup> C. cost. 94 del 1963, in *Giur. cost.*, 1963, VIII, 782 ss.

<sup>47</sup> C. cost. 114 del 1968, in *Giur. cost.*, 1968, XIII.2, 2047 ss., con commento di G. GALLI, *Dubbi sulla legittimità costituzionale del «segreto di polizia»*, ivi, 2050 ss.

<sup>48</sup> § 6. del considerato in diritto.

<sup>49</sup> In *Giur. cost.*, 1971, I, 1180 ss.



In particolare, nella pronuncia citata, la Corte ha osservato come nei lavori della Assemblea Costituente non trovasse fondamento la tesi per cui il suddetto rapporto di disponibilità dovesse essere inteso come esteso “*a tutto quel vasto complesso di soggetti*” cui le novellate previsioni del c.p.p. previgente conferivano la qualifica di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, sostenendo che l’assoggettamento all’autorità giudiziaria dovesse riguardare, innanzitutto, i nuclei specializzati di polizia giudiziaria e, solo eccezionalmente, il personale ad essi estraneo.

In sostanza, quindi, la Corte ha escluso che l’autorità giudiziaria potesse funzionalmente disporre di soggetti che risultano estranei ai nuclei di polizia giudiziaria quali *strictu sensu*, tradizionalmente, intesi.

Con la sentenza in commento, mi pare, facendo simmetrica, ma contraria, utilizzazione del medesimo principio, la Corte ha invece escluso che in deroga alla disciplina del codice di rito in materia di segreto investigativo potessero porsi, a carico degli appartenenti alla polizia giudiziaria, obblighi informativi in favore di soggetti estranei al perimetro della polizia giudiziaria stessa. Soggetti che la disposizione censurata individuava nei superiori gerarchici dei responsabili dei presidi di polizia di volta in volta interessati.

Mi sembra allora d’interesse evidenziare come la Corte si sia sempre posta a presidio del circuito funzionalmente sussistente tra pubblico ministero e polizia giudiziaria quale configurato in Costituzione, evitando che il concetto di “*estraneità*” potesse farsi strada sotto ogni punto di vista, sia, allora, nel senso di consentire che l’autorità requirente potesse disporre di personale estraneo ai nuclei specializzati di polizia giudiziaria, sia, ora, di evitare che le informative di reato potessero giungere a organi non aventi la qualifica di ufficiali o agenti di polizia giudiziaria, a nocimento della titolarità delle attività d’indagine che spetta al pubblico ministero.

In entrambi i casi, infatti, il rischio da scongiurare era quello di indebolire il rapporto di dipendenza funzionale, eludendo il delicato equilibrio consacrato nell’art. 109 Cost.

### 3.4. La “*non*” decisione rispetto alla lamentata violazione dell’art. 112 Cost.

Infine, in ordine alla pur lamentata violazione dell’art. 112 Cost., la Corte ha, invece, “*deciso di non decidere*”.

Ritenuta, infatti, fondata la questione sollevata per lesione della sfera di competenza costituzionalmente riservata al ricorrente dall’art. 109 Cost., il giudice delle leggi ha adottato la propria decisione di accoglimento “*con assorbimento, invece, delle censure relative all’asserita lesione dell’art. 112 Cost.*”<sup>50</sup>.

In mancanza di una specifica statuizione sul punto è possibile, dunque, fare solamente previsioni su quella che, in astratto, avrebbe potuto essere la decisione della Consulta.

Al riguardo, e considerata l’opera di salvaguardia del parametro costituzionale che pone la polizia giudiziaria alla diretta disposizione della magistratura requirente, posta in essere con la sentenza in commento, non mi sembra iperbolico poter affermare che, nel solco tracciato dalla motivazione resa rispetto all’art. 109 Cost., la Corte avrebbe potuto pervenire ad una declaratoria di accoglimento del ricorso anche nell’ottica della violazione dell’art. 112 Cost.

Non mi pare un caso, infatti, che, evidenziato che i soggetti posti ai vertici delle Forze di polizia non rivestono la qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria ai sensi dell’art. 57 c.p.p., e che detengono, del tutto legittimamente, su questi ultimi un potere di controllo e condizionamento, la Consulta affermi, specificamente per questa ragione, il carattere non astratto del pericolo che ne risultino interferenze nella diretta conduzione delle indagini da parte dell’autorità giudiziaria “*in lesione, innanzitutto, dell’art. 109 Cost.*”<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> § 4. del considerato in diritto.

<sup>51</sup> § 6. del considerato in diritto.

Ove proprio l'utilizzo dell'avverbio "innanzitutto" sembrerebbe (o, comunque, potrebbe) lasciar presagire, per l'appunto, l'individuazione di ulteriori possibili profili di accoglimento della questione sollevata.

A deporre in tal senso, del resto, concorrono vari elementi.

Anzitutto, la considerazione delle riflessioni operate dalla dottrina sul ruolo che nel sistema di giustizia penale viene svolto dalla polizia giudiziaria.

In particolare, l'incidenza che il profilo dell'organizzazione della polizia giudiziaria ha sull'effettività del principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., nonché sugli stessi principi di stretta legalità ed eguaglianza, è stato da taluno evidenziato sulla base dell'assunto per cui la polizia giudiziaria, in quanto principale fonte di cognizione delle *notitiae criminis*, fondamentale strumento di indagine ed organo esecutivo dei provvedimenti giudiziari in materia penale, rappresenti la "chiave di volta" dell'intero sistema penale<sup>52</sup>.

La concreta organizzazione della polizia giudiziaria rappresenta, dunque, un elemento di sicura rilevanza, atteso che chi ha il potere di controllarla finisce, in pratica, per poter disporre dell'azione penale, condizionandone, al tempo stesso, l'iniziativa.

In quest'ottica, dunque, pare possibile affermare che la trasmissione delle notizie di reato alla scala gerarchica della polizia giudiziaria prevista dalla norma impugnata avrebbe potuto finire per incidere sull'indipendenza funzionale del pubblico ministero, anche a causa dei condizionamenti, pressioni e/o influenze che, una volta diffusa la notizia relativa all'inoltro di un'informativa di reato, avrebbero potuto provenirgli dall'esterno in ordine alla decisione di esercizio dell'azione penale.

Come noto, infatti, l'obbligatorietà dell'azione penale è intrinsecamente collegata all'indipendenza non solo interna, ma soprattutto esterna del pubblico ministero rispetto agli altri poteri (con particolare riguardo a quello esecutivo).

È altrettanto noto, peraltro, anche l'insegnamento per cui, per quanto efficiente possa essere un sistema repressivo penale, è del tutto "normale" che gran parte dei reati che vengono commessi rimangano impuniti e che la determinazione dei reati che debbono restare impuniti dipenda, oltre che dal caso e dalla capacità degli autori di essi di non farsi scoprire, soprattutto dalle scelte di politica giudiziaria compiute dagli organi di polizia e da chi li dirige<sup>53</sup>.

Ecco allora che, nell'ottica dei sostenitori di tale rigida impostazione per cui la polizia giudiziaria rappresenterebbe il vero *dominus* dell'azione penale, in quanto imprescindibile strumento di indagine e di esecuzione dei provvedimenti giudiziari in materia penale, mi sembra possibile affermare che un sistema di trasmissione delle notizie di reato come quello contemplato dall'art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 177 del 2016, laddove non fosse stata lamentata la violazione dell'art. 109 Cost., avrebbe potuto condurre la Corte a ravvisare l'incompatibilità della norma impugnata proprio con il disposto dell'art. 112 Cost.

Del resto, che la Corte avrebbe potuto pervenire all'accoglimento della questione sollevata dal Procuratore ricorrente anche con riferimento al citato art. 112 Cost. mi pare pure sostenibile, oltretutto in considerazione dei ricordati orientamenti dottrinari, anche sulla base dell'analisi della precedente giurisprudenza costituzionale in materia.

Invero, al di là di quanto affermato nella [sentenza n. 84 del 1979](#)<sup>54</sup>, con cui la Consulta ha chiarito che l'art. 112 Cost. è stato inserito per garantire, da un lato, l'indipendenza del pubblico ministero nell'esercizio della propria funzione, e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale<sup>55</sup>, di particolare rilievo mi pare la successiva [sentenza n. 88 del 1991](#)<sup>56</sup>, la cui importanza

---

<sup>52</sup> Così, G. LEONE, *Manuale di Diritto Processuale Penale*, Napoli, 1971, 733; vedasi anche A. AMORTH, *La Costituzione italiana. Commento sistematico.*, nonché G. D'ELIA, *Magistratura, polizia giudiziaria e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2002, 105 ss.

<sup>53</sup> A. PIZZORUSSO, *Per un collegamento fra organi costituzionali politici e pubblico ministero*, in G. CONSO (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979.

<sup>54</sup> In *Giur. cost.*, 1979, I, 637 ss.

<sup>55</sup> Per un approfondito commento della sentenza si veda S. BARTOLE, *Prospettive nuove in tema di pubblico ministero?*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 871 ss.

<sup>56</sup> In *Giur. cost.*, 1991, I, 586 ss.

risiede nel fatto che, con essa, la Corte individua proprio nello specifico parametro costituzionale *de quo* la fonte dell'indipendenza del pubblico ministero, ponendolo in stretta correlazione con i principi di legalità e uguaglianza.

La Corte lega saldamente i principi appena ricordati, affermando che il principio di legalità di cui all'art. 25 Cost. “*abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere*”<sup>57</sup>, con la conseguenza che il principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, *ex art. 3 Cost.*, non può che essere realizzato attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale, la quale, secondo il giudice delle leggi, consiste nel “*punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale, talché il suo venir meno ne altererebbe l'assetto complessivo*”<sup>58</sup>.

Secondo il ragionamento espresso dalla Consulta, dunque, non è possibile realizzare la legalità secondo il principio di uguaglianza, se l'organo cui è demandato l'esercizio dell'azione penale non è totalmente indipendente dagli altri poteri.

In questa prospettiva, dovrebbe essere scongiurata ogni situazione che contempra la pur potenziale interferenza estranea con l'esercizio dell'azione penale, il cui monopolio è da riconoscersi in capo al pubblico ministero.

Ragionando in questi termini, e tenuto conto che nella pronuncia in commento la Corte riconosce la potenzialità della norma di cui all'art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 177 del 2016 a dare luogo a indebite “*interferenze nella diretta conduzione delle indagini da parte dell'autorità giudiziaria*”, a loro volta implicanti potenziali ingerenze nell'esercizio dell'azione penale da parte di poteri diversi da quello giudiziario, mi pare allora che possano dirsi sussistenti concreti indici per sostenere che, laddove non ne fosse stato dichiarato l'assorbimento, anche le censure mosse dal ricorrente con riguardo all'art. 112 Cost. avrebbero potuto essere favorevolmente considerate dalla Consulta.

Tuttavia, in mancanza di una controprova, la questione è, ovviamente, destinata a rimanere priva di fattuale riscontro.

#### 4. Conclusioni.

Volendo tirare le fila del discorso, la sentenza finisce per affrontare molteplici questioni, di rito e di merito, alle quali la Consulta fa fronte con grande attenzione e profondità di analisi, data la delicatezza dell'equilibrio – quello tra autorità e polizia giudiziaria – su cui, di fatto, verte la questione scrutinata.

La rilevanza della pronuncia, mi pare, deve essere ricercata nel valore di monito che la stessa assume nei riguardi del legislatore, a salvaguardia di quel principio della divisione dei poteri, per come tradizionalmente inteso e attuato a livello ordinamentale, che identifica (o, quantomeno, dovrebbe identificare) la nostra forma di Stato<sup>59</sup>.

La Corte, infatti, si erge a baluardo dell'indipendenza della magistratura requirente di fronte ai possibili condizionamenti che potrebbero provenire dall'esterno, a garanzia di un'impostazione dei rapporti tra polizia giudiziaria e potere giudiziario che riviene la propria genesi addirittura nel periodo statutario.

In tal modo la Consulta tutela la “salute” del sistema, garantendo il mantenimento dell'equilibrio tra poteri, al fine di evitare la violazione dei rispettivi confini e scongiurare i rischi che ciascuno di essi possa cedere alla tentazione dell'onnipotenza.

I poteri dello Stato, infatti, non dovrebbero mai dimenticare di operare in un quadro che ha dei confini e dei limiti, a guardia dei quali si ergono i poteri di garanzia, *in primis* la Corte costituzionale

---

<sup>57</sup> § 2. del considerato in diritto.

<sup>58</sup> § 2. del considerato in diritto.

<sup>59</sup> V. ONIDA, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, come citato da L. SPADACINI, in *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Brescia, 2012, 7, afferma che il vero significato del principio di divisione dei poteri consiste, oggi, “*nella separazione e nella reciproca indipendenza fra poteri di governo o politici da un lato, poteri di garanzia dall'altro*”.

che, con la decisione in commento, conferma ancora una volta il proprio ruolo di garante della Costituzione.

Da questo angolo di visuale, e con specifico riferimento ai rapporti tra magistratura requirente e polizia giudiziaria o, più in generale, tra potere giudiziario e potere esecutivo, è quindi prevedibile che i principi espressi nella statuizione in commento saranno ampiamente richiamati nel caso in cui la Consulta, in futuro, dovesse nuovamente trovarsi ad affrontare la tematica in questione.

D'altra parte, allo stesso tempo e sotto differente profilo, la stessa pronuncia, rileva, altresì, nel senso di ritenere che nel conflitto tra poteri dello Stato sia possibile far valere esclusivamente le norme della Costituzione che ne configurano le relative attribuzioni, in tal modo escludendo la possibilità di scrutinare nell'ambito dei conflitti interorganici la violazione, che pure potrebbe essere in ipotesi lamentata, dell'art. 76 Cost. sotto il profilo dell'eccesso di delega, a meno che detto parametro costituzionale non concorra direttamente a configurare lo statuto delle prerogative del potere dello Stato ricorrente.

**Alessandro Rosario Rizza**  
**La Corte costituzionale, giudice e parte**  
**tra dottrina e proposte ricostruttive**

SOMMARIO: 1. Una (apparente) divagazione. – 2. Gli orientamenti emersi e l’apertura giurisprudenziale. – 2.1. *Segue*. La legittimazione attiva e casi ipotizzabili. – 3. “*Nemo iudex in causa propria*” e l’elogio del paradosso. A margine del pensiero di Roberto Bin. – 4. La proposta di una soluzione nel rispetto del diritto a un giudice terzo e imparziale – 5. La legittimazione passiva. – 5.1. Il giudicato costituzionale tra *law in the books* e *law in action*. Cenni. – 5.2. *Segue*. Una soluzione. Per una gerarchia dei principi costituzionali. – 6. Conclusioni.

1. *Una (apparente) divagazione.*

Potrebbe apparire “eccentrico” trattare l’ipotesi della Corte costituzionale quale potere dello Stato, legittimato ad essere parte nel conflitto di attribuzione e contemporaneamente giudice di se stesso. Il problema ruota, come noto, intorno al decennale quesito se la Corte possa essere «il vero sovrano “legale” dotato persino della forza di contrapporsi alla volontà politica incorporata in atti formalmente costituzionali»<sup>1</sup>, all’interno di un sistema come il nostro, che – per richiamare le osservazioni conclusive di Gustavo Zagrebelsky ne *Il diritto mite* – non conosce (o non dovrebbe conoscere) né servi né padroni<sup>2</sup>.

Presupposto di ogni “giusto processo” è l’essere innanzi a un giudice che possa dirsi terzo e imparziale e, in questo senso, il problema riguarda trasversalmente ogni conflitto di attribuzione, a prescindere da quelle che possano essere le parti in giudizio, giacché questa possibilità «mina uno degli assi portanti del sistema concettuale che domina la matrice disciplinare»<sup>3</sup> del principio *nemo iudex in causa propria*.

Prima di addentrarsi nel tema, merita qualche riflessione il ruolo che la Corte costituzionale occupa. Essa si colloca in una posizione intermedia tra i soggetti della comunità civile (lo Stato comunità) e le istituzioni in senso proprio (lo Stato persona).

Nonostante sia indubbia l’attribuzione costituzionale, tipica dei poteri dello Stato autorità, la Corte è cerniera tra le esigenze sociali e quelle statali, giudice chiamato a garantire la verifica delle leggi ai principi costituzionali non in astratto, ma – appunto – qualora vi sia una concreta applicazione della legge e la questione appaia rilevante.

Se l’attività della Corte persegue anche un interesse astratto, cioè garantire la conformità dell’ordinamento al “sistema Costituzione”, nell’accesso in via incidentale, la Corte risponde a un’esigenza concreta: l’istanza sollevata dal giudice *a quo* (spesso su richiesta di parte) che sarà il primo operatore ad applicare la sentenza del Giudice delle Leggi, per garantire la situazione processuale e sostanziale da cui è scaturita la declaratoria d’illegittimità.

La sentenza dispiegherà, come noto, effetti *erga omnes*, ma non per questo appare trascurabile l’esigenza concreta cui ha dato soluzione. Analogamente accade, *mutatis mutandis*, per il giudice comune: l’autorevole precedente della Corte di Cassazione – risolvendo un caso concreto – fornirà importanti coordinate nomofilattiche (ed ermeneutiche) agli operatori del diritto ed egual ruolo svolgeràà, sebbene nel più piccolo contesto cui suole citarsi il “precedente locale”, una sentenza di merito.

Sebbene sia questione glissata dalla Corte, probabilmente perché essa ritiene pacifico collocare il potere giudiziario tra quelli dello Stato persona, un orientamento dottrinale – attraverso la ricostruzione del pensiero di Hans Kelsen – esclude *tout court* che il giudicante (dal Tribunale a

<sup>1</sup> Così A. RUGGERI, *La Corte costituzionale: un «potere dello Stato»... solo a metà*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del convegno, Trieste 26-28 maggio 1986*, Milano 1988, 679.

<sup>2</sup> Proprio con riferimento al potere giudiziario, così conclude G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Milano 1992, 213.

<sup>3</sup> R. BIN, *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996, 163.

Palazzo della Consulta) possa collocarsi nello Stato persona. Egli andrebbe qualificato come organo della società civile<sup>4</sup>. Il crollo della visione monolitica del giudiziario e l'imporsi della magistratura come potere diffuso hanno enfatizzato la socialità del giudice<sup>5</sup>, considerato un punto tangente tra la giustizia sociale e le prerogative della società<sup>6</sup>. Egli è avamposto della legalità costituzionale, e ne sarebbe testimonianza il fatto che, nel promuovere il giudizio in via incidentale, è chiamato a valutarne la non manifesta infondatezza. Si è osservato come «i giudici non appartengono – per definizione verrebbe da dire – al novero dei poteri “politici”, e quando agiscono a tutela delle loro prerogative agiscono sempre, in fondo, per ribadire i limiti del potere politico e la resistenza delle regole giuridiche»<sup>7</sup>, e ciò è ravvisabile – senza soluzione di continuità – anche nel ruolo della Corte costituzionale e del Presidente della Repubblica, considerato quest'ultimo, nello stesso conflitto tra poteri, «soggetto interposto» della legalità e rappresentante delle esigenze collettive<sup>8</sup>.

## 2. Gli orientamenti emersi e l'apertura giurisprudenziale.

Il problema verte, come detto, sul rispetto del diritto ad avere un giudice terzo ed imparziale<sup>9</sup>. Sulla legittimazione del Giudice delle Leggi sono state avanzate in letteratura opinioni diverse e spesso discordanti tra loro. Jörg Luther ha sostenuto l'impossibilità che la Corte rivesti contemporaneamente gli abiti di giudice e parte nel conflitto, ritenendo prevalente il principio secondo cui nessun soggetto può rivestire contemporaneamente entrambe le posizioni<sup>10</sup>. Un secondo orientamento, che ha un valente esponente in Giovanni Pitruzzella, ritiene che la Corte costituzionale sia titolare della sola legittimazione attiva e non di quella passiva<sup>11</sup>. Piero Calamandrei, invece, ispirato a un'esigenza di bilanciamento tra i rapporti statali<sup>12</sup>, ha sostenuto che essa possa essere titolare sia della

<sup>4</sup> In questi termini F. GALGANO, *Il diritto nella società post-industriale*, in *Italia oggi*, 12 novembre 1991. Cfr. per analoghe conclusioni F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia 1967, 4a ed., 206-208. Il tema, come noto, non è di sola teoria generale del diritto, inserendosi all'interno della problematica su chi siano i soggetti legittimati ad accedere al conflitto tra poteri dello Stato, spostandosi l'attenzione sul significato da attribuire al termine nell'art. 134 c. 2 Cost. su cui già V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano. (La Corte costituzionale)*, II, Milano 2000<sup>2</sup>, 431.

<sup>5</sup> Così R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 128.

<sup>6</sup> G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, 54, nota 70.

<sup>7</sup> R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 128.

<sup>8</sup> Cfr. in questi termini A. SPADARO, *Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, 285, ma anche in *Pol. dir.*, 1992, 219 ss.

<sup>9</sup> In questi termini E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino 2016, 248, secondo cui non esiste «dubbio alcuno che essa non possa inserirsi in uno dei poteri tradizionali», essendo «facilmente rinvenibile in positivo il fondamento costituzionale delle relative attribuzioni».

<sup>10</sup> J. LUTHER, *Cenni di diritto comparato sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale*, cit., Torino 1993, 109 ss.

<sup>11</sup> G. PITRUZZELLA, *La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in AA.VV., *Strumenti*, cit., 598 ss. Analogamente si v. anche autorevolmente A. RUGGERI, *La Corte*, cit., in AA.VV., *Strumenti*, cit., 658 ss. ed ancora A. RUGGERI, *Storia di un falso. L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano 1990, 90.

<sup>12</sup> Solo storicamente, però, l'istituto mira alla realizzazione del *checks and balances*. Ancora oggi si tende ad ammettere il conflitto quando sia finalizzato a questo obiettivo, ma si tratta di una convinzione diffusa che affonda le sue origini nell'elaborazione teorica di cui è debitore lo stesso istituto, il riferimento non può che essere a M. MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, I e II, Milano 1972. Non mancano sempre più autorevoli voci che pongono l'istituto in rapporto al pluralismo democratico, intrecciandosi il tema con l'apertura del conflitto, ai poteri esterni allo Stato persona. Cfr. per tutti, per le coordinate principali di questo profilo, P. PINNA, *I conflitti di attribuzione*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. Atti del seminario di Modena svoltosi il 13 ottobre 2006*, Torino 2007, 13 ss., spec. 14.

legittimazione attiva che di quella passiva<sup>13</sup>. Antonio Ruggeri ha ravvisato questa necessità nell'esigenza volta a garantire il conflitto anche agli altri poteri interessati: negare la legittimazione della Corte vorrebbe dire precludere *ab initio* quella degli altri soggetti<sup>14</sup>. La Corte costituzionale è intervenuta sbrigativamente<sup>15</sup> sul tema, statuendo che essa possa rientrare «potenzialmente, fra gli organi legittimati ad essere parte in conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato»<sup>16</sup>. Si è immediatamente osservato che sul principio della terzietà e imparzialità del giudice è prevalsa un'esigenza pratica "coerente" con un sistema in cui «un giudice dei conflitti diverso dalla Corte non è configurabile»<sup>17</sup>; il diritto al giudice terzo e imparziale, si è detto, dovrebbe soccombere innanzi al rischio di privare l'accesso al conflitto<sup>18</sup>. A questa visione, si può controbattere che attraverso la rinuncia al giusto processo si verifica una garanzia di accesso solo formale<sup>19</sup> all'altro potere, la cui posizione di convenuto imporrebbe almeno il rispetto del contraddittorio innanzi a un giudice che si trovi in una situazione, per ricorrere al linguaggio dei processualisti, di "non pregiudicatezza".

### 2.1. Segue. *La legittimazione attiva. Casi ipotizzabili.*

Con questo approdo, la Corte conferma la sua legittimazione attiva, il che pone un quesito successivo: l'individuazione dei casi che possano far ritenere violata l'attribuzione del Giudice delle Leggi. Una prima ipotesi potrebbe verificarsi avverso la discussa, quanto inammissibile, *interpretatio abrogans* ad opera del potere giurisdizionale, si tratta, per richiamare Giovanni Tarello, di quella strategia argomentativa tradizionale «che consiste nel diniego che a un particolare enunciato del discorso legislativo sia attribuibile un qualche significato precettivo, cioè che l'esito dell'attività dell'interprete consista nell'asserzione che quel particolare enunciato del discorso legislativo non esprime alcuna norma»<sup>20</sup>, ipotesi ancora più rischiosa qualora avvenga ad opera del giudice di ultima istanza.

Una seconda ipotesi potrebbe verificarsi nel caso in cui l'Autorità giudiziaria non sollevi una questione di legittimità costituzionale su una legge "macroscopicamente" lesiva della Costituzione, quando il comportamento sia reiterato nel tempo e posto in essere anche dal giudice di legittimità, ultimo soggetto capace di essere giudice *a quo*.

Se è vero che la valutazione della non manifesta infondatezza è appannaggio esclusivo del giudice ordinario, è altrettanto vero che il giudizio finale spetterebbe comunque alla Corte costituzionale, costituendosi una lesione di un'attribuzione spettante al Giudice delle Leggi, a seguito del cattivo (non) uso del potere da parte del giudice *a quo*. Il conflitto rappresenterebbe l'ultimo baluardo (per

<sup>13</sup> P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 45 ss.; in questi termini anche F. PERGOLESÌ, *La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 11 ss.; A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano 1992, 218. Per ultimo cfr. C.MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1457.

<sup>14</sup> A. RUGGERI, *La Corte*, cit., in AA.VV., *Strumenti*, cit., 661.

<sup>15</sup> Ma, con riferimento particolare alla legittimazione passiva della Corte, è «troppo repentino» il modo in cui si sono superati i problemi interpretativi legati alla questione, secondo P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale*, Milano 1999, 271.

<sup>16</sup> [Corte cost., 26 maggio 1981, n. 77](#), con nota di F. CERRONE, *Considerazioni in tema di ammissibilità e fondatezza di un conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1982, 476. Per alcuni profili su questa pronuncia cfr. anche S. BARTOLE, *La Corte, la sua storia e le tentazioni della Justice retenue*, in *Giur. cost.*, 1981, spec. 1666.

<sup>17</sup> E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia*, cit., 248.

<sup>18</sup> Per questa impostazione v. F.P. BONIFACIO, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in G. MARANINI, *La giustizia costituzionale*, Firenze 1966, 51.

<sup>19</sup> In tal modo si lede il principio dell'effettività della tutela, che trova fondamento nel combinato disposto degli artt. 3 c. 2 Cost. e 24 Cost. secondo V. DENTI, *Voce Azione (Diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, 1988, 7; in giurisprudenza [Corte cost., 6 marzo 1974, n. 55](#), con note di R. DE LUCA TAMAJO, *Il campo di applicazione dell'art. 18 del titolo III dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 110; G.U. RESCIGNO, *Sentenze in materia di lavoro e previdenza. Lo Statuto dei lavoratori*, in *Quale giust.*, 1975, 302.

<sup>20</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 37.

parafrasare Roberto Bin) a tutela della garanzia costituzionale, salvo non volere accedere a quella dottrina che, in casi simili, sostiene la possibilità del cittadino di potere disapplicare la legge<sup>21</sup>, nonché, nel caso in esame, il problema sembra trascendere, considerandosi decisiva la forza vincolante della pronuncia giudiziaria. In questo caso, il conflitto diverrebbe valvola di sicurezza del sistema, per evitare un possibile “colpo di Stato”, che potrebbe realizzarsi attraverso una collusione tra il potere legislativo e il giudiziario, né l’ordinamento potrebbe offrire un diverso strumento per risolvere una simile ipotesi. E che il conflitto tra poteri miri, in fin dei conti, ad evitare questo caso-limite lo evidenziò già Orazio Condorelli<sup>22</sup>. Peraltro, in dottrina, si è messo in luce come un eventuale conflitto tra l’autorità giudiziaria e la Corte costituzionale avrebbe sempre natura di conflitto tra poteri, data la non riconducibilità della giustizia costituzionale a semplice funzione giurisdizionale<sup>23</sup>. Un’altra menomazione del potere attribuito alla Corte potrebbe verificarsi qualora un organo pubblico disapplicasse una legge ritenuta incostituzionale. Se è vero che la legge incostituzionale è, secondo l’orientamento maggioritario, efficace e momentaneamente valida (fintanto che non sopraggiunga una declaratoria di illegittimità costituzionale)<sup>24</sup> ben potrebbe accadere che un organo pubblico decida volutamente di non dare applicazione a una legge ritenuta non conforme a Costituzione, a fronte di una proposta, autorevolmente sostenuta in dottrina da Alessandro Pace, secondo cui graverebbe un obbligo, in capo a ciascun soggetto pubblico, ivi compreso il giudice, di non dare esecuzione a una legge manifestamente incostituzionale, accedendo alla teoria secondo cui essa, ancora prima della declaratoria di illegittimità costituzionale, sarebbe nulla, efficace, ma non obbligatoria<sup>25</sup>. Lungi dal porsi quale problema di scuola, l’argomento tange uno dei cardini fondamentali dello Stato di diritto e si inserisce nel controverso tema sul rapporto tra nullità e inesistenza della legge priva dei suoi elementi essenziali, ivi collocandovi anche quella della conformità a Costituzione. Questa tesi minoritaria, sebbene sostenuta da un importante orientamento, è fondata sulla crisi dello stato<sup>26</sup> e dell’atto normativo<sup>27</sup>, ed accede alla teoria della legge “in senso sostanziale”, secondo cui può considerarsi legge non ogni atto che rechi questa denominazione, ma solo quello che possiede alcune caratteristiche, appunto sostanziali e diversamente individuate dagli Autori<sup>28</sup>. La mancanza di questi elementi legittimerebbe il giudice a disapplicare la legge,

<sup>21</sup> La letteratura sul punto è molto vasta, ma cfr. per tutti G. ZAGREBELSKY, *Illegittimità costituzionale delle leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 521.

<sup>22</sup> Quest’uso dell’istituto, cioè finalizzato ad evitare un possibile colpo di Stato, era già evidenziato nella discussione in Assemblea Costituente; cfr. l’intervento di O. CONDORELLI, nel *Resoconto stenografico della Commissione per la Costituzione*, seduta del 28 novembre 1947.

<sup>23</sup> In questo senso A. PIZZORUSSO, *Voce Conflitto*, in *Nov. dig. it.*, II, Torino 1981, 369, spec. par. 3 e par. 20. Cfr. su questo specifico profilo anche F.P. BONIFACIO, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 238 ss.

<sup>24</sup> Per tutti P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi (1950)*, ora in IDEM, *Opere giuridiche*, III, Napoli 1968, 395 ss.

<sup>25</sup> A. PACE, *Superiorità della Costituzione e sindacato delle leggi*, in *Riv. AIC*, 2015, 6; l’A. parte dall’assunto per cui «la legge costituzionale è quindi nulla ed efficace, ma non obbligatoria; non è quindi “annullabile”, come invece ritenuto da dottrina autorevole»; conseguentemente, per non incorrere in responsabilità di alcun tipo, i pubblici poteri dovrebbero procedere a una previa disapplicazione, in quanto «nell’ipotesi della dichiarazione d’incostituzionalità di una legge che sia stata pervicacemente applicata sia dall’amministrazione statale sia da un ente pubblico (...), non dovrebbe né potrebbe essere aprioristicamente preclusa la possibilità di ottenere la condanna di tali enti al risarcimento del danno, a titolo di colpa, per le conseguenze pregiudizievoli del loro comportamento» (13).

<sup>26</sup> Così V. ZANGARA, *Limiti della funzione legislativa nell’ordinamento italiano*, Milano 1964, 40, secondo cui la legge non può essere onnipotente, perché neppure lo Stato può essere tale.

<sup>27</sup> Già sulla crisi della legge, per demerito del legislatore e per la complessità dei rapporti sociali, v. F. CARNELUTTI, *La crisi della legge (1937)*, in ID., *Discorsi intorno al diritto*, Padova 1953, 280 e F. PERGOLESÌ, *La Costituzione come fonte di validità dell’ordinamento giuridico (1937)*, in G. DE VERGOTTINI (a cura di), *Scritti minori*, Bologna 1988, 457.

<sup>28</sup> Secondo F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, Milano 1970, 297, tra le ipotesi sarebbe immaginabile la legge emessa al di fuori della sfera di attribuzioni e, dunque, con vizio di incompetenza assoluta ed analogamente C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia (1950)*, in IDEM, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 277; secondo A.M. SANDULLI, *Legge, forza di legge, valore di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 269 caratteristica imprescindibile sarebbe l’innovatività; mentre per V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 24 ogni fonte del diritto, per dirsi tale, dovrebbe essere sempre generale ed astratta.



considerandola *tamquam non esset* decidendo la lite senza tenerne conto. Questa dottrina ritiene superfluo l'intervento della Corte costituzionale<sup>29</sup>, ricollegandosi a quella giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui il ricorso avverso un atto inesistente è da considerarsi inammissibile<sup>30</sup>. In questo modo – di converso – si priverebbe il Giudice delle Leggi della sua attribuzione costituzionale<sup>31</sup>. Il fenomeno non ha alcun punto di contatto con l'abrogazione, perché, nel caso in esame, «l'interprete riconosce la formale vigenza dell'atto, ma ritiene che esso sia sostanzialmente nullo o inesistente»<sup>32</sup>. Questa tesi, spogliando la Corte costituzionale del potere attribuitogli dall'ordinamento, applica al diritto costituzionale la categoria amministrativistica per cui l'atto nullo «è semplicemente un non-atto, di cui non ha bisogno di occuparsi la scienza giuridica»<sup>33</sup>. Esso può essere oggetto solo di una sentenza dichiarativa<sup>34</sup>, come già prospettava Hans Kelsen, secondo cui l'atto non riconducibile alla legge è “contrario al diritto”, dunque non riconducibile alla volontà statale<sup>35</sup>. Specularmente, si dice, graverebbe in capo al giudice comune l'onere di verificare se sta applicando una legge, intesa come atto esistente del potere legislativo<sup>36</sup>.

Il problema si ripropone, restando questa volta irrisolto, nel caso in cui la legge si collochi, contenutisticamente, alla periferia dell'ordinamento democratico. Si tratta di quelle leggi «che, non solo introducano cambiamenti bisognevoli di un procedimento di revisione della Carta, ma contengano, addirittura, disposizioni incidenti sul funzionamento degli organi costituzionali o mirino al sovvertimento della forma di governo», collocati «ai margini dello studio dell'ordinamento costituito»<sup>37</sup>. Diversamente dall'ipotesi dianzi passata in rassegna, si è registrata maggiore propensione nel considerare queste leggi come “non applicabili”, creandosi una zona grigia tra ipotesi in cui la Corte potrebbe declinare la sua competenza (riconoscendo la legge nulla o inesistente) e

<sup>29</sup> La tesi è sostenuta da E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano 1957, 19; concorda sul punto C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale*, cit., 273.

<sup>30</sup> *Ex multis v. Cons. St.*, ad. plen., 12 ottobre 1991, n. 9, in *DeJure*; Cons. st., sez. V, 16 aprile 1987, n. 239, *ivi*; Cons. St., sez. V, 20 maggio 1993, n. 603, in *Giur. it.*, 1994, 104.

<sup>31</sup> Ad oggi si è generalmente riconosciuta la tesi della legge formale, secondo cui l'atto che ha caratteristiche formali di legge è tale, con indifferenza totale per il suo contenuto, salvo quanto si dirà in narrativa. Ad integrare l'atto è sufficiente la volontà delle due Camere e la sanzione del Capo dello Stato. Il giudice ordinario non potrebbe ricorrere alla disapplicazione della legge, in quanto appannaggio esclusivo della Corte costituzionale. In questi termini cfr. C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 1407 e C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano 1964, 5; G. JELLINEK, *Legge e bilancio – Legge e decreto*, Milano 1997, 179; D. DONATI, *La forza formale della legge*, Pisa 1911, 90; A.M. SANDULLI, *Voce Legge (diritto costituzionale)*, in *Nov. dig. it.*, IX, Torino 1963, 632; C. ROEHRSEN, *Supremazia del Parlamento e legge formale*, in AA.VV., *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesaurò*, II, Milano 1986, 766; GABBA, *Nota*, in *Foro it.*, 1886, 705. Ancora a favore della legge in senso formale cfr. J.C. BLUNTSCHLI, *Diritto pubblico universale*, Napoli 1873, 182; O. RANELETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano 1948, 148 e G. AZZARITI, *L'invalidità della legge per i motivi di forma e di sostanza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 114 ss. e G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano 1951, 191. La legge andrebbe considerata tale anche in assenza della delibera di una o entrambe le Camere secondo A. LENTINI, *Voce Legge*, in *Enc. giur. it.*, IX, Milano s.d. ma 1940, 262-263; *contra* C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano 1934, 45 e A.M. SANDULLI, *Considerazioni in tema di sindacato della Corte costituzionale sul profilo formale delle leggi*, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze 1969, 451-452. Secondo la tesi ad oggi maggioritaria, l'apparenza dell'atto promulgato e pubblicato, e il relativo affidamento dei consociati nella sua esistenza, fa sì che si debba soprassedere sulle considerazioni dei requisiti in senso sostanziale e bisogna ritenere sussistere la giurisdizione della Corte costituzionale, l'unica a disporre degli strumenti più idonei a chiarire quale sia il diritto vigente. Secondo C. MORTATI, *Questioni sul controllo di costituzionalità sostanziale della legge*, in *Foro amm.*, 1948, 326 a questa ricostruzione non fa salvi i casi di una “non-legge”. Afferma l'A. che «il giudice infatti non può applicare una legge, la quale sia sfornita di quei requisiti di validità che la fanno essere legge»; e analogamente si riferisce a una «non-legge» anche E. ALLORIO, *Una questione di legittimità costituzionale rispetto alla legge silana*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, 25.

<sup>32</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, 35.

<sup>33</sup> P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano 1972, 392.

<sup>34</sup> Cfr. la tesi di A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, Napoli 1984, 669.

<sup>35</sup> H. KELSEN, *L'illecito dello Stato*, Napoli 1988, 13. In questi termini anche J. IPSEN, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden 1980, 49.

<sup>36</sup> Così G. SABINI, *La funzione legislativa e i decreti-legge*, Roma 1923, 263.

<sup>37</sup> C. PAGOTTO, *La disapplicazione*, cit., 40.

ipotesi in cui potrebbe affermare la sussistenza della sua giurisdizione<sup>38</sup>. Ma chi potrebbe definire una legge “sovversiva” se non la stessa Corte costituzionale?

Altre situazioni potrebbero ravvisarsi nel caso in cui il potere legislativo continui a replicare, *ad infinitum*, una disposizione già dichiarata incostituzionale, in un susseguirsi tra declaratorie d’illegittimità e riapprovazioni della disciplina, ipotesi che presenterebbe gli stessi problemi della reiterazione del decreto legge, amplificati però dalla “gravità” connessa al libero esercizio del potere legislativo, non vincolato a un obbligo di “legiferare conforme a Costituzione”.

Come caso limite, potrebbe immaginarsi quello che i giudici comuni, magari di ultima istanza, continuino ad applicare leggi dichiarate incostituzionali. Ciò potrebbe verificarsi nel caso di una delegittimazione della Corte, dato che l’effettività delle sue decisioni non è intrinseca o connaturale alla funzione esercitata, ma si fonda, come è stato osservato, sul consenso dei giudici verso l’autorità della Corte<sup>39</sup>, in modo simile a quanto avviene per il rispetto della “norma fondamentale” su cui si fonda l’ordinamento costituito (*Grundnorm*), che si auto-qualifica come legittima, e, allo stesso tempo, fonda la sovranità dell’ente politico<sup>40</sup>. Il problema si fa ancora più acuto se si considera che la sentenza, emessa in violazione del diritto a un giudice terzo e imparziale, non avrebbe quell’autorità tipica con cui si vuole risolvere una delicatissima questione di equilibrio tra poteri, capace di compromettere l’intero assetto costituzionale: la Corte ne uscirebbe delegittimata per antonomasia.

### 3. “Nemo iudex in causa propria” e l’elogio del paradosso. A margine del pensiero di Roberto Bin.

L’Autore parte dal presupposto che l’ipotesi in cui la Corte costituzionale sollevi d’ufficio un conflitto rappresenta un caso limite dell’ordinamento che – verosimilmente – troverebbe soluzione a livello politico. Osserva che «a questi livelli, i conflitti trovano sempre una composizione politica, per cui la possibilità che la Corte investa se stessa in sede di conflitto resta un’ipotesi limite, sostanzialmente irrealizzabile»<sup>41</sup>. Specularmente al pensiero dell’Autore, si potrebbe sostenere che la risoluzione a livello politico riguarda il mondo del *Sollen* (o del “dover essere”). Se così fosse, non si verserebbe in quelli stessi casi limite che si vorrebbero evitare e, dunque, il mondo del *Sein*. Le ipotesi sopra passate in rassegna vanno *oltre* la possibilità di una risoluzione politica, in cui il conflitto è ultima valvola di sicurezza innanzi al fallimento di ogni diverso tentativo di conciliazione. Portando all’estremo il pensiero dell’Autore, con il ricorso ad una *reductio ad absurdum*<sup>42</sup>, potrebbe concludersi per la completa inutilità dell’istituto *tout court*, in quanto ogni conflitto è astrattamente suscettibile di risolversi all’esterno di uno schema giuridico<sup>43</sup>, come – in fin dei conti – ogni lite civile (e ogni procedimento penale avviato su querela). Il conflitto, ma la lite in sé, è la risposta patologica del sistema. Sfociando il conflitto sono, per antonomasia, falliti gli altri, per quanto auspicabili, tentativi di conciliazione. La tesi proposta da Roberto Bin è tangente alle riflessioni di Sergio Bartole,

<sup>38</sup> Accenna al problema, ma questa volta optando per la nullità o inesistenza della legge, C. MORTATI, *Atti con forza di legge*, cit., 8, non ritenendo più sufficiente, per l’esistenza, la mera promulgazione della legge. Cfr. sul problema anche A. CERRI, *Ancora sui limiti di sindacabilità dell’atto del giudice in sede di conflitto*, in *Le reg.*, 1991, 1047; secondo F. MODUGNO, *L’invalidità*, cit., 310, la Corte dovrebbe sempre declinare la propria giurisdizione.

<sup>39</sup> In questo senso R. BIN, *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte giudici di merito*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale*, cit., 16.

<sup>40</sup> In questo senso v. G. MARAZZITA, *Io solo sono il tuo sovrano. Per una teoria complessa del diritto*, Napoli 2016, 161. L’A. osserva che la norma fondamentale «posta ma non prodotta, diviene poi oggetto delle adesioni dei cittadini i quali, credendo nella sua legittimità, rispettano i precetti di quel determinato ordinamento politico».

<sup>41</sup> R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., 165.

<sup>42</sup> Su molteplici esempi circa di questo ragionamento nelle argomentazioni giuridiche, G. GIADROSSI, *Materiale del corso di teoria e tecnica dell’interpretazione e della normazione*, Corso tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Trieste, 2016.

<sup>43</sup> Per queste riflessioni si rimanda alla teoria di R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1980, *passim*.

secondo cui non sarebbe mai possibile, nel caso in esame, poter garantire l'ultima parola alla Corte costituzionale, perché potrebbe sempre intervenire la soluzione definitiva della controversia per opera del legislatore costituzionale, l'unico ad avere «poteri realmente e definitivamente dirimenti nel caso di conflitti che coinvolgono direttamente la Corte»<sup>44</sup>.

Tuttavia, non è particolarmente limpido il modo in cui il legislatore costituzionale possa risolvere i casi sopra proposti, se non – a propria volta – stravolgendo, con la stessa legge costituzionale, principi democratici non suscettibili di revisione. Né si comprende bene come la legge costituzionale possa imporsi sulla *interpretatio abrogans*. Qualora poi non si sollevasse la questione di legittimità costituzionale sulla norma palesamente tale (il che, in fondo, preluderebbe a un colpo di Stato in cui il potere esecutivo sia riuscito ad assorbire prima il legislativo e poi il giudiziario), la legge costituzionale non farebbe che aggravare un simile caso. Potrebbe escludere apertamente e sanzionare i soggetti che si ritenessero legittimati a disapplicare una “non-legge”, senonché laddove non si riuscisse ad approvare la legge costituzionale, il conflitto si tradurrebbe, di nuovo, nell'ultima via praticabile. Alla tesi avanzata dal Professore tergestino si potrebbe forse obiettare che rischia di introdurre un *regressum ad infinitum*, perché spetterebbe pur sempre alla Corte giudicare se le stesse leggi costituzionali non oltrepassino i limiti cui soggiacciono e, dunque, il problema si riproporrebbe nuovamente.

Pur rimarcando l'importanza del principio di un giudice terzo e imparziale, Roberto Bin ne giustifica la deroga ravvisandola nella «conseguenza della finitezza delle cose umane»<sup>45</sup>: la coerenza del sistema costituzionale non può rinvenirsi all'interno di esso. L'Autore, allora, “elogia il paradosso”, perché «benché la Corte giudice delle sue stesse controversie sia, per i principi del diritto, un paradosso, se si guarda da un'altra prospettiva non si può non ammirare la pregevolezza estetica della soluzione implicitamente accolta dal nostro sistema». La Corte costituzionale «ha, in fondo, solo il potere di nominare le cose, di dire ciò che è legittimo e ciò che non lo è. Il potere di nominare le cose – come si sa – è un potere divino». Dopo avere richiamato un passo biblico, l'Autore accetta la rinuncia del diritto ad essere giudicati da un giudice terzo e imparziale perché «l'intero sistema giuridico è ricorsivo e tautologico: la legge regola l'uso della forza sin dove la forza si sottopone alla legge». Per ultimo, si ribadisce il limite come intrinseco al sistema delle «costruzioni umane» e «giuridiche» che «come non possono raggiungere l'infinito», così «non possono neppure essere definitive»<sup>46</sup>.

#### 4. La proposta di una soluzione nel rispetto del diritto a un giudice terzo e imparziale.

Le ipotesi della Corte giudice e parte, sebbene estreme<sup>47</sup>, sono idonee a modificare l'assetto costituzionale e democratico, privando il Giudice delle Leggi del compito supremo cui è preposto. Tuttavia, l'estrema delicatezza della questione imporrebbe il rispetto del principio fondamentale ad avere un giudice terzo e imparziale<sup>48</sup>. Ancora prima di trovare un precuo fondamento nell'art. 111 Cost., il diritto a un processo equo affonda le sue radici nei principi fondamentali della Costituzione, insuscettibili di deroga o revisione. In dottrina, si è sostenuto come il diritto ad avere un giudice terzo e imparziale trovi fondamento direttamente nel rispetto del principio d'eguaglianza<sup>49</sup>, con la conseguenza che la Corte costituzionale non potrebbe sottrarsi, come ha osservato Sergio Bartole,

<sup>44</sup> S. BARTOLE, *La Corte*, cit., 1680.

<sup>45</sup> R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 166.

<sup>46</sup> R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 167.

<sup>47</sup> Che potrebbero verificarsi in ogni occasione di crisi degli altri «poteri dello Stato», così S. BARTOLE, *La Corte*, cit., 1676.

<sup>48</sup> Dubitano che questa regola possa essere infranta dalla Corte costituzionale A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *Il conflitto di attribuzione*, Milano 1957, 170, nota 74; M. CAPPELLETTI, *Intervento*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, cit., 396 e J. LUTHER, *Cenni*, cit., 109.

<sup>49</sup> In questo senso V. VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile. «Due process of law» e art. 24 Cost.*, Milano 1970 ma soprattutto M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna 1969, 501.

«alla osservanza di antichi principi, che per altro essa ritiene applicabili ai giudici del nostro ordinamento»<sup>50</sup>.

La Corte, ancora prima della travagliata “novella costituzionale”, aveva affermato il diritto sulla base di un’interpretazione evolutiva dell’art. 24 Cost.<sup>51</sup>, mentre oggi lo si desume pianamente dalla lettura sistematica degli artt. 24 c. 1 e 111 c. 2 Cost., da cui deriva «il principio del diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti davanti ad un giudice terzo ed imparziale»<sup>52</sup>.

In questo contesto, il principio riveste un’importanza tanto più indefettibile, in quanto mira a garantire, a propria volta, il rischio di un uso distorto dell’istituto da parte della Corte costituzionale, la quale potrebbe sollevare la questione d’ufficio, per imporre il suo arbitrio sugli altri poteri. La violazione di un principio fondamentale, che ispira l’ordinamento democratico in modo trasversale, potrebbe far ritenere nulla la sentenza costituzionale<sup>53</sup>, stante, come noto, l’applicazione delle disposizioni del rito civile laddove compatibili. La pronuncia, lesiva dell’art. 47 della Carta di Nizza, che dopo Lisbona ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati<sup>54</sup>, potrebbe considerarsi straordinariamente ricorribile a Strasburgo<sup>55</sup>, tanto palese sarebbe, infatti, la violazione.

<sup>50</sup> S. BARTOLE, *La Corte, la sua storia e le tentazioni della justice retenue*, in *Giur. cost.*, 1981, 1674.

<sup>51</sup> [Corte cost., 13 febbraio 1985, n. 41](#), con nota di M. IRRERA, *Amministrazione straordinaria, società consortile e gruppo SIR*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 192; [Corte cost., 25 luglio 1986, n. 220](#), con nota redazionale in *Foro it.*, 1985, 2818 e [Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26](#), con note di S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 190; F. FIORENTIN, L. DELLI PRISCOLI, *I diritti fondamentali delle persone detenute fra giurisprudenza costituzionale e disciplina europea*, in *Riv. pen.*, 2010, 231. Secondo [Corte cost., 1° ottobre 1997, n. 306](#), con nota di P.P. RIVELLO, *Tre concomitanti pronunce di inammissibilità della Corte costituzionale: l’astensione e la ricasazione come alternative*, in *Giur. cost.*, 1997, 2882, per cui nell’ordinamento costituzionale «un posto centrale occupa l’imparzialità-neutralità del giudice, in carenza della quale tutte le altre regole e garanzie processuali perderebbero di concreto significato».

<sup>52</sup> [Corte cost., 3 luglio 2002, n. 305](#), con nota di G. MAZZULLO, *Tribunali delle acque: una revisione mai attuata*, in *Foro it.*, 2003, 723.

<sup>53</sup> È proprio in forza del principio fondamentale che anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono giunte ad applicare l’art. 178 c. 1, lett. a e l’art. 179 del Codice di rito per sostenere come il difetto di imparzialità del giudice, violando un principio informatore dell’ordinamento costituzionale, determini una incapacità specifica dello stesso giudicante ad essere tale, e da ciò discende la nullità assoluta della pronuncia. Cfr. l’importante pronuncia di Cass. pen., sez. un., 9 giugno 2011, n. 23122, in *CED Cassazione rv 249735*. La questione non cambia neppure guardando al diritto processuale civile, le cui disposizioni si applicano, come noto, anche al processo costituzionale laddove non incompatibili. Qualora la sentenza sia stata pronunciata da un giudice nell’ipotesi in cui egli abbia un interesse diretto, che è in pratica quello di cui alla prima parte del n. 1 dell’art. 51 c.p.c. (il caso esemplificativo è proprio quello del giudice in causa propria o del giudice titolare di un rapporto connesso o dipendente alla causa), il motivo di astensione può essere invocato come motivo di nullità della sentenza. In giurisprudenza cfr. Cass. civ., 12 luglio 2012, n. 11822, in [Dejure](#); Cass. civ., 12 gennaio 2007, n. 565, in *CED Cassazione rv 593765*; Cass. civ., 27 febbraio 2004, n. 3974, in *Gius.*, 2004, 2862; Cass. civ., 16 aprile 2004, n. 7252, in *Giur. it.*, 2005, 96. L’orientamento è condiviso in dottrina da L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricasazione del giudice civile*, Padova 1991, 53. L’A. offre un supporto argomentativo basato sull’interpretazione analogica dell’art. 33 c. 2 c.p.p., che lascia fuori solo i casi di interesse diretto del magistrato nella causa tale da non farlo essere terzo e imparziale. Peraltro, essendo la terzietà ed imparzialità del giudice un diritto fondamentale, esso si dovrebbe applicare trasversalmente ad ogni settore del diritto, ivi compreso il processo costituzionale, giacché la Costituzione non avrebbe accolto la classica divisione dei settori giuridici ma si sarebbe ispirata a un’ottica unitaria; in questo senso cfr. in dottrina A. FLAMINI, *Responsabilità civile e Costituzione*, in *Annali della facoltà giuridica dell’università di Camerino*, 2013, spec. 3.

<sup>54</sup> Sulla garanzia offerta dall’art. 47 della Carta di Nizza v. R. ROMBOLI, *La giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull’art. 47*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2003, 24 e M. D’AMICO, *Sub art. 49*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti*, Bologna 2001, 323.

<sup>55</sup> Talmente manifesta sarebbe la violazione con l’art. 6 CEDU che garantisce l’*impartial tribunal* quale profilo fondamentale di un giusto processo. Secondo la Corte di Strasburgo non può essere trascurato il convincimento del giudice verso le parti (cfr. [C. Edu, 29 ottobre 2004, San Leonard Ban Club c. Malta, § 58](#); [C. Edu, 22 aprile 2004, Cianetti c. Italia, § 36](#); [C. Edu, 26 febbraio 1993, Padovani c. Italia, § 26](#); [C. Edu, 1 ottobre 1982, Piersack c. Belgio, § 30](#), secondo cui l’imparzialità corrisponde all’assenza di ogni pregiudizio. Spetta all’ordinamento, secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, garantire che il giudice offra ogni garanzia volta a escludere ogni legittimo dubbio sulla sua imparzialità. Cfr. ancora in questo senso C. Edu, 20 maggio 1998, *Guatrin e altri c. Francia*, § 58; [C. Edu, 26 ottobre 1984, De Cubber c. Belgio, § 24](#)) Nell’ultima pronuncia la Corte osserva che «when applied to a body sitting as a bench, it means determining whether, quite apart from the personal conduct of any of the members of that body, there are ascertainable facts which

Si violerebbe sia l'imparzialità, intesa come la funzione esercitata nel processo che «impone non vi siano legami tra il giudice e le parti», sia il diverso requisito della terzietà, cioè lo *status* sul piano ordinamentale, secondo cui il giudice non può cumulare altre funzioni processuali<sup>56</sup>.

Il Giudice delle Leggi attribuisce all'imparzialità il significato di «non pregiudicatezza»: si verificherebbe nel caso in esame una situazione psichica caratterizzata dalla “forza della prevenzione”, aggravata dall'assenza di ogni garanzia procedimentale volta ad estromettere la stessa Corte dal giudizio<sup>57</sup>.

Si potrebbe obiettare che la Corte costituzionale mirerebbe al conseguimento di un interesse astratto e di salvaguardia dell'ordinamento, senonché, la scissione tra la Corte “organo” e la Corte “persona” (e la finitezza tipica delle cose umane *à la* Bin), ripropongono l'inconciliabilità tra *Sein* e *Sollen*. Per descrivere la peculiare posizione della Corte costituzionale giudice e parte, Antonio Ruggeri ha parlato di uno «sdoppiamento funzionale dell'organo»<sup>58</sup>.

L'attuale assetto si pone poi in contrasto con la stessa funzione dell'istituto, che, attraverso la devoluzione del conflitto alla Corte costituzionale, mirerebbe ad evitare la violazione del principio di terzietà e imparzialità del giudice<sup>59</sup>. Sul problema della legittimazione attiva è possibile avanzare una soluzione solo *de lege ferenda*, ma che, a parere di chi scrive, sembra l'unica astrattamente percorribile per evitare i rischi peculiari che nascerebbero qualora si verificasse una simile ipotesi. Si potrebbe ammettere la Corte costituzionale a deliberare (sia la propria legittimazione sia il contenuto decisorio) in composizione allargata, in modo simile a quanto già avviene per i giudizi di accusa. La “doppia deliberazione” potrebbe scongiurare la delegittimazione della Corte e avrebbe il pregio di “sdoppiarne il ruolo” senza comprometterne la terzietà. Il Giudice delle Leggi potrebbe estrarre a sorte i giudici aggregati dall'elenco dei quarantacinque cittadini formato ogni nove anni dal Parlamento in seduta comune, magari prevedendosi la partecipazione del Presidente della Repubblica, quale garante del sistema costituzionale. Peraltro, la scarsa probabilità che si pervenga a un simile conflitto scongiura sia l'ipotesi di una *flood of litigation* sia il rischio di un aggravamento eccessivo delle casse erariali.

### 5. La legittimazione passiva.

Se la legittimazione attiva della Corte crea una zona d'ombra, quella passiva è una zona franca. L'opinione maggioritaria ritiene che il sistema di chiusura si fa apprezzare in quanto si riconosca la

---

*may raise doubts as to its impartiality. In this respect even appearances may be of some importance. What is at stake is the confidence that the courts in a democratic society must inspire in the public.*

<sup>56</sup> Sulla differenza tra i due concetti, sebbene si sia sostenuta anche la tesi della sinonimia, v. P. FERRUA, *Il “giusto processo” in Costituzione*, in *Dir. giust.*, 2000, 78 e anche G. FRIGO, *Così le scelte sulla valutazione delle prove vanificano le conquiste sul giusto processo*, in *Guida dir.*, 1999, 48. In giurisprudenza cfr. per tutti [Corte cost., 15 settembre 1995, n. 432](#), con note di P.P. RIVELLO, *Un significativo mutamento d'indirizzo della Corte costituzionale: finalmente riconosciuta l'incompatibilità del magistrato chiamato a partecipare al dibattimento dopo aver adottato quale g.i.p. una misura cautelare personale*, in *Giur. cost.*, 2014, 4189; F. CALLARI, *Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare: il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, *ivi*; P. GAETA, G. TEL, *I pregiudizi sul pregiudizio ovvero il falso mito della verginità del “giudice del merito”*, in *Foro it.*, 1996, 411; A. GIARDA, *Affermati come valori costituzionali contenuti nel “giusto processo”*, in *Corr. giur.*, 1996, 26; G. ICHINO, *Principio di imparzialità e pre-giudizio del giudice*, in *Quale giust.*, 1995, 1401; O. MAZZA, *Il progressivo ampliamento delle incompatibilità del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 1401; A. FRAIOLI, *La decisione della Consulta n. 432 del 1995: possibili sviluppi di giurisprudenza costituzionale della nuova causa di incompatibilità*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 30.

<sup>57</sup> Su questo profilo v. anche P. TONINI, *Procedura penale*, Milano, 2014, 95.

<sup>58</sup> In questi termini A. RUGGERI, *La Corte*, cit., in AA.VV., *Strumenti*, cit., 660.

<sup>59</sup> R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 130. Si osserva che il conflitto trova ragion d'essere, perché «vi sono numerose zone in cui l'intervento dei giudici non è sufficiente: per esempio, quando l'atto o il comportamento è rivolto a bloccare l'attività del giudice, esso non è impugnabile davanti ad altro organo giurisdizionale, perché altrimenti verrebbe a perdersi la terzietà del giudice, chiamato a giudicare di una controversia di cui è parte il suo stesso potere, la sua attribuzione in senso oggettivo, lo stesso accade quando a generare il conflitto è l'atto o il comportamento di un'autorità giurisdizionale».

legittimazione solo attiva del Giudice delle Leggi<sup>60</sup>. Giovanni Pitruzzella ritiene che questa legittimazione “a metà” conferisca al rimedio un «carattere straordinario, come una sorta di valvola di sicurezza che soltanto l’organo di giustizia costituzionale potrebbe azionare in situazioni eccezionali allorché la razionalità del diritto tende a cedere il passo al dispiegarsi della forza»<sup>61</sup>.

Sul versante opposto, Damiano Florenzano sostiene che la Corte costituzionale potrebbe essere giudice e parte del conflitto solo quando esso scaturisca da comportamenti e non da atti: il Giudice delle Leggi potrebbe rivestire la parte di convenuto nell’ipotesi in cui abbia omesso un’attività costituzionalmente dovuta<sup>62</sup>. Analogamente, si è detto che andrebbero distinte le ipotesi in cui si domanda «sotto qualsiasi forma» la revisione della sentenza da quelle in cui la Corte «abbia travalicato i limiti ad essa assegnati dalla Costituzione, interferendo illegittimamente con competenze costituzionalmente riconosciute ad altri soggetti o poteri dello Stato»<sup>63</sup>. A questa tesi si potrebbe obiettare che, nella pratica, sembra difficilmente tracciabile una linea di demarcazione tra le due ipotesi, potendo ben accadere che la seconda (il travalicamento dei limiti costituzionali) possa verificarsi attraverso una sentenza (che è poi l’atto tipico della Corte costituzionale), mentre sarebbe difficilmente immaginabile una diversa violazione delle attribuzioni costituzionali e, laddove anche ciò si verificasse, si sarebbe innanzi a una violazione del principio d’eguaglianza, ammettendosi il conflitto tra poteri solo quando la violazione delle attribuzioni trovi fondamento all’esterno del provvedimento giudiziario, pur potendosi trattare, in tesi, della medesima violazione<sup>64</sup>.

Intervenendo in questa complessa disputa dottrinale, la Corte costituzionale ha escluso la sua legittimazione passiva. Passando velocemente in rassegna i fatti, il conflitto era stato sollevato avverso una pronuncia della stessa Corte, che avrebbe leso le prerogative costituzionali delle Regioni ricorrenti di concorrere alla volontà statale, attraverso il alcune iniziative referendarie che – a seguito della pronuncia impugnata – erano state dichiarate inammissibili<sup>65</sup>. Il problema che affronta la Corte è improntato, come può immaginarsi, sulle problematiche connesse all’art. 137 Cost. che vieta di sottoporre a gravame le sentenze costituzionali. Osservano i giudici che questa regola preclude «in modo assoluto ogni tipo di gravame diretto a contrastare, annullare o riformare, in tutto o in parte, le decisioni della Corte». La preclusione opera sia nei confronti dei «gravami devoluti ad altri giudici» sia nei confronti della «stessa Corte contro le decisioni che essa ha emesso». L’affermazione ha portata generale, riguarda «qualsiasi tipo di impugnazione, qualunque sia lo strumento con il quale è richiesto il sindacato sulle decisioni della Corte», compreso il conflitto di attribuzioni, che serve «a censurare il modo in cui si è concretamente esplicitata la giurisdizione della Corte».

La sentenza estende l’insindacabilità della pronuncia sia all’iter logico sia alla motivazione, fornendo un’interpretazione estremamente rigida dell’art. 137 Cost., in cui la Corte costituzionale si pone come organo supremo, le cui pronunce non sono sindacabili né da altri giudici né da un altro diverso organo, ivi compresa la Corte costituzionale. Si osserva, infatti, che la regola è «priva di eccezioni» e «non si limita ad interdire gravami devoluti ad altri giudici (...), ma impedisce anche il

<sup>60</sup> Cfr. A. RUGGERI, *La Corte*, cit., in AA.VV., *Strumenti*, cit., 658.

<sup>61</sup> G. PITRUZZELLA, *La Corte costituzionale*, cit., 596.

<sup>62</sup> D. FLORENZANO, *L’oggetto del giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, Trento 1994, 303 ed in termini simili cfr. anche L. PESOLE, *A proposito della legittimazione della Corte costituzionale nei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1998, 2531.

<sup>63</sup> E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia*, cit., 249. Analoghe osservazioni anche in ROMBOLI, *È ammissibile un conflitto contro la Corte costituzionale?*, in *Foro it.*, 1998, 1364, secondo cui «denunciare che la Corte, nell’ambito delle funzioni ad essa spettanti, ha travalicato i limiti ad essa assegnati dalla Costituzione e dalle leggi attuative, interferendo illegittimamente con competenze costituzionalmente riconosciute ad altri soggetti o ad altri poteri dello Stato» non corrisponde all’impugnazione di una sentenza costituzionale.

<sup>64</sup> In questo senso A. RUGGERI, *La Corte*, cit., in AA.VV., *Strumenti*, cit., 670 secondo cui non sarebbe possibile distinguere le impugnazioni in senso stretto dai conflitti contro le decisioni della Corte costituzionale, producendosi, in entrambi i casi, gli stessi effetti. Analogamente anche M. MEZZANOTTE, *Referendum abrogativo, giudicato costituzionale e Regioni promotrici*, in *Giur. cost.*, 1998, 1771. *Contra*, e dunque a favore della possibilità di distinguere l’impugnazione della sentenza costituzionale dalla *vindicatio* del potere v. P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 269.

<sup>65</sup> [Corte cost., 26 febbraio 1998, n. 29](#), con note di M. MEZZANOTTE, *Referendum abrogativo*, cit.; R. ROMBOLI, *È ammissibile*, cit.

ricorso alla stessa Corte contro le decisioni che essa ha emesso»; disattendendo le osservazioni di un'autorevole dottrina, secondo cui il Giudice delle leggi sarebbe stato l'unico soggetto capace di revisionare le proprie sentenze<sup>66</sup>. Una parte della dottrina, che qui non si condivide, ha accolto positivamente la statuizione della Corte, notando che, in caso contrario, la violazione dell'insindacabilità delle pronunce costituzionali «pare manifesta dato che è appunto il contenuto della pronuncia che si contesta, di norma assumendolo lesivo di una competenza costituzionalmente attributiva»<sup>67</sup>. Secondo Paolo Veronesi, invece, la Corte costituzionale si è proclamata «giudice tra i giudici» ed «organo tra gli organi»<sup>68</sup>, mentre Massimiliano Mezzanotte ha osservato come le argomentazioni usate sarebbero finalizzate «ad evitare sentenze contrastanti che causerebbero la perdita di credibilità nell'azione del giudice costituzionale»<sup>69</sup>.

### 5.1. *Il giudicato costituzionale tra law in the books e law in action. Cenni.*

È possibile sostenere che sono le peculiarità del ruolo che svolge il conflitto di attribuzione a permette di assumere un diverso punto di vista sul problema. Già Vezio Crisafulli metteva in luce come la Corte costituzionale, pronunciando una sentenza additiva, svolga un compito tipico del legislatore. In questi termini, l'Autore riteneva ammissibili le sole sentenze additive “a rime obbligate”, secondo la cui notissima definizione la Corte potrebbe pronunciarsi solo laddove la scelta che deve compiere non sia discrezionale, ma “imposta” dalla Costituzione.

Se questo è il mondo del *Sollen*, in un momento di crisi istituzionale ovvero per un più semplice errore di valutazione, la Corte potrebbe esondare da questo compito, travalicando le “rime obbligate” di crisafulliana esperienza e già il Professore genovese sottolineava come ciò si verificasse nella pratica: si può ricordare le critiche che furono mosse alla “storica” [Corte cost., 23 maggio 1978, n. 69](#)<sup>70</sup>. E sembra evidente come una situazione del genere, qualora si verificasse alle sue estreme conseguenze, dovrebbe dirsi intollerabile.

Bisogna domandarsi se esistano dei casi in cui è possibile “disattendere” il precetto di cui all'art. 137 c. 3 Cost. L'ipotesi non è di facile risoluzione. Un valido punto di partenza può essere l'osservazione della realtà, per domandarsi se la regola, a prescindere da una formale ottemperanza sia rispettata anche sostanzialmente. Le sentenze manipolative danno origine a una «situazione normativa» diversa rispetto a quella conosciuta dalla Corte nel giudizio. Può questa situazione normativa essere riportata all'attenzione del giudice? La Corte si è pronunciata negativamente, quanto meno rifiutando le questioni volte al ripristino della norma dichiarata incostituzionale, in quanto un assetto normativo «ormai caducato non può rivivere sotto forma di interpretazione, senza un intervento del legislatore»<sup>71</sup>.

In dottrina, però, si è messo criticamente in luce come il giudicato costituzionale sarebbe più vincolante per il Giudice delle Leggi che per il legislatore ordinario, Francesco Dal Canto osserva come «l'interpretazione della normativa di risulta o la sua impugnazione di fronte alla Corte (...) non costituiscono necessariamente una violazione del giudicato costituzionale, ma solo nei limiti in cui

<sup>66</sup> A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali. Art. 137 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, 1981, 695.

<sup>67</sup> G.P. DOLSO, *Sub art. 137 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 1208.

<sup>68</sup> In questi termini P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 269.

<sup>69</sup> M. MEZZANOTTE, *Referendum abrogativo*, cit., 1771.

<sup>70</sup> in *Giur. cost.*, 1978, 626, con nota di V. CRISAFULLI, *Osservazione*. Tralasciando la portata innovativa della pronuncia, benché smentita dai successivi arresti della Corte costituzionale in tema di accesso al conflitto per i soggetti esterni allo Stato persona. L'A. evidenziava come l'abuso del legislatore non possa legittimare la sentenza additiva della Corte, poiché il modo di attuazione di una norma o di un gruppo di norme non è di per sé indice di un contrasto con la Costituzione; in questo senso il Giudice delle Leggi avrebbe travalicato i suoi poteri.

<sup>71</sup> [Corte cost., 21 novembre 2000, n. 517](#).

con esse si intenda sollecitarne la Corte a ricreare esattamente la situazione preesistente»<sup>72</sup>. La possibilità di ripensare il giudicato costituzionale deriva da alcuni importanti arresti che hanno deciso nel merito delle questioni di legittimità costituzionale volte a contestare il risultato normativo di una precedente sentenza di accoglimento: la Corte costituzionale sembra avere dato corso a una «interpretazione autentica» delle sue pregresse decisioni<sup>73</sup>. Cosicché Paolo Veronesi, citando la tesi sostenuta in un intervento seminariale da Gustavo Zagrebelsky<sup>74</sup>, osserva come «la Corte si è trovata a decidere di questioni di legittimità costituzionale promosse contro il dispositivo additivo di una sua precedente pronuncia. La (assai più frequente) risposta stizzita con cui la Corte respinge l'ammissibilità di simili questioni, non ha escluso la presa in carico di domande che non sembravano polemicamente dirette a cassare le sue decisioni pregresse, bensì ad evidenziarne profili d'incostituzionalità. Un simile atteggiamento avrebbe modo di essere esportato anche ai (veri) conflitti con cui s'impugnano decisioni della Corte costituzionale. Ed anzi parrebbe incoerente non adottare uno stesso orientamento per profili di così evidente somiglianza»<sup>75</sup>.

## 5.2. Segue. Una soluzione. Per una gerarchia dei principi costituzionali.

La ricerca di una soluzione al problema si rende doverosa già per l'ambito di estensione soggettivo dell'art. 24 Cost. La Carta costituzionale utilizza il termine «tutti», ciò vuol dire che il principio della tutela giurisdizionale deve trovare attuazione, oltre che per i soggetti dello Stato comunità, anche per le istituzioni dello Stato persona, cosa che non si verificherebbe negando a priori la legittimazione passiva della Corte costituzionale<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino 2002, 192. In dottrina si è osservato come il passaggio del tempo (e il mutato contesto sociale) potrebbero imporre una nuova valutazione del quadro normativo. Ciò si verificherebbe soprattutto in quelle ipotesi in cui la normativa è il risultato di una sentenza condotta sulla base del principio di eguaglianza. In questo senso, la pronuncia non potrebbe essere espressione di un bilanciamento che resti immutato nel tempo, giacché esso può essere ristabilito in molteplici modi. Su questi profili cfr. in dottrina A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano 1988, 62; E. CATELANI, *Sull'ammissibilità della riproposizione di questioni già decise con sentenza di accoglimento (sent. n. 17/1992)*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale*, cit., 34 e G. DEMURO, *La soggezione del giudice alla legge e vincolatività per i giudici comuni delle sentenze "normative" della Corte costituzionale*, in P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, R. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1997, 121.

<sup>73</sup> Cfr. in questo senso [Corte cost., 11 dicembre 1995, n. 501](#), con nota di C. CONSOLO, *La Consulta e la sicura ammissibilità del reclamo anche nel possessoria (benché né processo cautelare, né sommario-esecutivo, né percorso bifasico culminante nel rito ordinario)*, in *Giur. it.*, 1996, 165; [Corte cost., 27 febbraio 1996, n. 58](#); [Corte cost., 24 marzo 2006, n. 121](#), con nota di L. FIORILLO, *Lavoro a tempo parziale verticale e indennità di disoccupazione involontaria: la funzione integrativa del reddito non rientra nella tutela previdenziale costituzionalmente obbligata*, in *Giur. cost.*, 2006, 2638. *Contra* [Corte cost., 22 ottobre 1997, n. 319](#), con nota redaz. di L. DI BISCEGLIE, in *Giur. cost.*, 2006, 2638, secondo cui «le censure (...) formulate nell'ordinanza di rimessione, pur formalmente rivolte contro le denunciate norme, mirano nella sostanza a sindacare le statuizioni contenute in detta sentenza»; [Corte cost., 24 gennaio 1992, n. 17](#), con nota di N. MAIORANO, *In tema di affidamento in prova al servizio sociale*, in *Cass. pen.*, 1992, 1979; [Corte cost., 23 dicembre 1999, n. 461](#); [Corte cost., 24 luglio 2000, n. 344](#); [Corte cost., 10 aprile 2001, n. 108](#), con nota di A. PACE, *Impugnazione (inammissibile) delle sentenze interpretative di accoglimento o, piuttosto, "riconsiderazione" del decisum*, in *Giur. cost.*, 2001, 715. Critico verso la giurisprudenza che non permette di sindacare le normative di risulta presunte incostituzionali e derivanti da sentenze manipolative cfr. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994, 606.

<sup>74</sup> G. ZAGREBELSKY, incontro seminariale su *La motivazione delle sentenze della Corte costituzionale*, svoltosi martedì 4 maggio 1999 presso il Dipartimento di diritto pubblico della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova.

<sup>75</sup> P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 270.

<sup>76</sup> Cfr. in dottrina L.P. COMOGLIO, *Il I comma dell'art. 24. Il diritto individuale alla tutela giudiziaria*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario*, cit., 12 e A. PIZZORUSSO, *Voce Garanzia costituzionale dell'azione*, in *Dig. disc. priv.*, VIII, Torino 1992, 610.



Non sembra convincente la teoria, seppur autorevolmente sostenuta, secondo cui si potrebbe ovviare al problema attraverso l'applicazione dell'istituto processualciviltistico della revocazione per errore di fatto<sup>77</sup>, ritenuto l'unico motivo astrattamente applicabile alla giustizia costituzionale<sup>78</sup> (e diverso dall'errore meramente materiale, previsto dall'art. 21 delle Norme Interne<sup>79</sup>). La Corte difficilmente potrebbe incorrere nella lesione dell'attribuzione del potere altrui a causa di una erronea valutazione delle circostanze fattuali. L'errore ricadrebbe, più spesso, sul diritto e cioè sull'interpretazione della norme che affidano il potere alla Corte costituzionale e, dunque, sullo stesso art. 134 Cost., un caso più simile, per chi scrive, all'errore di cui all'art. 360, n. 5 c.p.c.

Francesco Paolo Luiso ha osservato, con la linearità che lo contraddistingue, come «l'errore di fatto revocatorio è fondamentalmente un errore di percezione e non di giudizio (...). Esso consiste in una svista del giudice, che ha dato per esistente (o inesistente) quel che invece sicuramente non risultava (o risultava) esistente dagli atti di causa»<sup>80</sup>.

Peraltro è solo il caso di ricordare come l'applicazione dell'istituto nel giudizio è tema molto dibattuto in dottrina<sup>81</sup>. Lasciato sostanzialmente impregiudicato dalla Corte<sup>82</sup>, ha visto eminenti studiosi, costituzionalisti e processualciviltistici, schierarsi a favore<sup>83</sup> ovvero contro<sup>84</sup> il ricorso all'istituto, spesso con argomenti profondamente diversi tra loro.

La tesi maggioritaria, accolta dalla Corte costituzionale e autorevolissimamente sostenuta, ha così escluso la possibilità di riconoscere la legittimazione passiva della Corte costituzionale, escludendo ogni qualsiasi richiesta volta al riesame di una pronuncia del Giudice delle Leggi<sup>85</sup>. Si tratta, però, di una delle tante ricostruzioni ammissibili. Essa sembra fondarsi sul presupposto che le disposizioni costituzionali siano equi-ordinate e poste sullo stesso «tavolo di valori». Questa ricostruzione è avallata dalla raffigurazione del sistema delle fonti come una rete<sup>86</sup> o una matrice<sup>87</sup>, esso «non è gerarchico, non ha un vertice che si impone sulla base; non ha neppure un centro che prevale sulla periferia»<sup>88</sup>. Questa è la base su cui si esclude la legittimazione passiva della Corte costituzionale. Tuttavia, la piramide kelseniana non ha definitivamente abdicato al suo ruolo. Si possono ricordare due esempi: la teoria dei contro-limiti è utilizzata per impedire la prevalenza del diritto euro-unitario

<sup>77</sup> Art. 395 n. 4 c.p.c. secondo cui è revocabile la sentenza che è «l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti di causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare».

<sup>78</sup> A favore di questa tesi, e sulla limitazione della revocazione al solo caso dell'errore di fatto, P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 272, nota 99. Analogamente v. F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, cit., 2690, secondo cui dato che «la legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari», allora «il giudicato incostituzionale impedisce ogni forma di impugnazione, salvo la revocazione per errore di fatto».

<sup>79</sup> Secondo cui «la Corte provvede alla correzione delle omissioni o degli errori materiali delle sentenze e delle ordinanze, anche d'ufficio, in camera di consiglio con ordinanza, previo avviso alle parti costituite».

<sup>80</sup> Autorevolmente F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano 2013, 506.

<sup>81</sup> Per un *excursus* completo delle posizioni avanzate in dottrina cfr. C. CONSOLO, *La revocazione delle decisioni della Cassazione: profili storico-comparativi*, in *Giur. it.*, 1988, 173 e spec. nota 29.

<sup>82</sup> La questione è rigettata ma senza una motivazione sul punto da [Corte cost., 9 marzo 1959, n. 17](#), con nota di E. CHELI, *Sulla correzione degli errori materiali e sulla ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, 300, mentre in [Corte cost., 7 maggio 1993, n. 226](#), la Corte costituzionale ha motivato il rigetto in modo più dubitativo, non escludendo in astratto la possibilità di revocare le proprie sentenze.

<sup>83</sup> In questo senso G. ZAGREBELSKY, *Errore di fatto e sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1967, 1521; C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 1456; R. ROMBOLI, *Decisioni di inammissibilità o fondate su errore di fatto e limiti alla riproposizione da parte del giudice a quo della stessa questione nel corso del medesimo giudizio*, in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario (Roma, 13-14 novembre 1989)*, Milano 1990, 176.

<sup>84</sup> Così E. CHELI, *Sulla correzione*, cit., 303; E. CATELANI, *Sull'ammissibilità*, cit., in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale*, cit., 30.

<sup>85</sup> A. RUGGERI, *Storia di un falso*, cit., 78.

<sup>86</sup> Per una riflessione sull'ordinamento come *network* e per un'applicazione della teoria delle reti sui parametri delle questioni di costituzionalità v. G. MARAZZITA, *Io solo sono il tuo sovrano*, cit., 112-122.

<sup>87</sup> Per questa rappresentazione dell'ordinamento v. D. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Milano 1998, 12.

<sup>88</sup> P. PINNA, *I conflitti di attribuzione*, cit., 15, continua l'A. che in questo senso il sistema reticolare o matriciale «non ha una base, né un vertice, né un centro, né una periferia».

sui principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Come noto, sia il diritto internazionale consuetudinario sia i regolamenti europei possono derogare a disposizioni costituzionali, ma incontrano limite invalicabile nei principi fondamentali, che rappresentano il “nocciolo duro” della Costituzione. Si potrà a lungo discutere su quali disposizioni siano fondamentali e quali no, sulla modalità in cui possa avvenire la loro lesione o non possa avvenire, ma sull'esistenza di alcuni principi dotati di una maggiore «forza attiva» non sembra esservi dubbio.

Conseguentemente, si può tracciare una gerarchia all'interno delle disposizioni costituzionali, ne sarebbe ulteriore indizio l'interpretazione estensiva dell'art. 139 Cost., secondo cui non può essere oggetto di revisione costituzionale non solo la forma repubblicana, ma la stessa forma democratica. Il Giudice delle Leggi ha osservato che «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»<sup>89</sup>.

In termini ancora più netti, il Giudice delle Leggi avvalorava questa ricostruzione ed afferma che essa «ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare “copertura costituzionale” fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai “principi supremi dell'ordinamento costituzionale” (...), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte “in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana”»<sup>90</sup>.

<sup>89</sup> [Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146](#), con note di S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giur. cost.*, 1988, 5570, anche con nota di N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui “principi supremi” di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, *ivi*; M. DOGLIANI, *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la sdrammatizzazione del diritto costituzionale*, in *Le reg.*, 1990, 774 e analogamente [Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366](#), con nota di G. DE GREGORIO, *Diritti inviolabili dell'uomo e limiti probatori nel processo penale*, in *Foro it.*, 1992, 3257.

<sup>90</sup> [Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146](#), cit. Sul rispetto dei principi fondamentali da parte delle disposizioni concordatarie v. [Corte cost., 1 marzo 1971, n. 30](#), con note di R. BACCARI, *Il sindacato di legittimità costituzionale sull'efficacia civile del matrimonio canonico*, in *Dir. eccl.*, 1971, 273; P. CIPRIOTTI, *Alcuni particolari aspetti delle recenti sentenze della Corte costituzionale sull'art. 34 del Concordato*, *ivi*; F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio “concordatario” nelle sentenze della Corte costituzionale*, *ivi*; P. GISMONDI, *I principi della recente giurisprudenza della Corte costituzionale sui matrimoni concordatari*, *ivi*; M. PETROCELLI, *I matrimoni religiosi e la Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 299; C.A. JEMOLO, *Primo confronto della Costituzione col Concordato davanti alla Corte costituzionale*, *ivi*; P. BELLINI, *Sul sindacato di costituzionalità delle norme di derivazione concordatarie*, in *Giur. it.*, 1971, 86; F. MODUGNO, *La Corte costituzionale di fronte ai Patti lateranensi*, in *Giur. cost.*, 1971, 404; [Corte cost., 2 febbraio 1972, n. 12](#), con nota di S. GRASSI, *Il diritto di indire sottoscrizioni e di effettuare raccolte di fondi: una “libertà atipica”?*, in *Giur. cost.*, 1972, 54; [Corte cost., 11 dicembre 1973, n. 175](#), 53, con note di F. FINOCCHIARO, *Matrimonio “concordatario”, giurisdizione ecclesiastica e divorzio civile davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. eccl.*, 1974; P. GISMONDI, *Esigenze di armonizzazione costituzionale*, *ivi*; A. VITALE, *La giurisdizione ecclesiastica nell'ordinamento italiano*, *ivi*; C. MIRABELLI, *Problemi e prospettive in tema di giurisdizione ecclesiastica matrimoniale e di divorzio*, in *Giur. cost.*, 1973, 2321; [Corte cost., 5 gennaio 1977, n. 1](#), con note di R. BACCARI, *“Copertura costituzionale” e legislazione concordataria*, in *Dir. eccl.*, 1977, 501; E. CAMASSA, *Matrimonio, Corte costituzionale e revisione*, *ivi*; A. D'ATENA, *Disposizioni riproduttive di clausole concordatarie e giudizio costituzionale*, in *Giur. it.*, 1977, 1429; cfr. anche [Corte cost., 24 gennaio 1982, n. 18](#).

Sulla teoria dei controlimiti cfr. tra le più importanti sentenze [Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 183](#), con note di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406; M. CAPURSO, *Le ideologie giuridiche dello Stato nazionale moderno e l'ordinamento comunitario nella giurisprudenza italiana*, in *Stud. parl.*, 1975, 247; S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 419; *Corte cost.*, 8 giugno 1984, n. 170, con note di M. BERRI, *Composizione del contrasto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Giur. it.*, 1984, 1521; G. GEMMA, *Un'opportuna composizione di un dissidio*, in *Giur. cost.*, 1984, 1222; la sentenza è menzionata anche in A. RUGGERI, *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali*

Così ricostruito il quadro, è possibile ritenere che l'art. 137 c. 3 Cost. debba porsi, all'interno di una gerarchia dei diritti, al di sotto dell'art. 134 Cost. per due ragioni. Negare la legittimazione passiva della Corte provoca la lesione del diritto "a un giudice", annoverato «tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio»<sup>91</sup>. Il diritto alla tutela giurisdizionale rientra, in altri termini, tra i diritti «inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2 Cost.»<sup>92</sup>. Sia la dottrina<sup>93</sup> sia la giurisprudenza<sup>94</sup> riconoscono il diritto in questione come fondamentale e supremo, «una delle norme più notevoli della Costituzione»<sup>95</sup>. Mentre l'art. 137 c. 3 Cost. ha incontrato dei limiti applicativi, il diritto al giudizio è stato considerato assoluto, inviolabile e universale<sup>96</sup>. Si può dire, richiamando un'osservazione di Claudio Consolo, che l'art. 137 Cost. va inserito in una scala di principi costituzionali, all'interno dei quali andrebbe subordinato a quelli che appaiono «assai più irrinunciabili» rispetto ad esso<sup>97</sup>.

In secondo luogo, la stessa previsione del conflitto tra poteri *sic et simpliciter* (cioè senza necessità di ricondurla all'art. 24 Cost.) potrebbe derogare all'insindacabilità del giudicato, in quanto norma volta a tutelare «il principio della tutela delle sfere di competenza costituzionale assegnate ai diversi poteri dello Stato», che rappresenta «un'ineliminabile esigenza dello Stato di diritto»<sup>98</sup>, ancor più se si considera che oggi esso è funzionale all'inveramento del pluralismo civile (e non più solo del *checks and balances*), tangendo così una serie di principi supremi dell'ordinamento.

Due brevissime considerazioni conclusive. Anche laddove non si volesse accedere a questa ricostruzione "sostanziale" dei diritti, per porre l'art. 134 Cost. e 137 Cost. sul medesimo piano

---

*i possibili "seguiti" della 238 del 2014?*, in questa [Rivista, Studi, 2015/I; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168](#), con nota di A. CELOTTO, *Un'ulteriore passo in avanti nell'affermazione della prevalenza del diritto comunitario (considerazioni a margine della sent. 18-1-91, n. 168)*, in *Giur. it.*, 1992, 1651, che, con riferimento alla legge di esecuzione del Trattato CEE, indicava «il limite del rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana». *Contra* l'individuazione dei limiti impliciti alla revisione costituzionale v. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione*, Bologna 2004, 355, secondo cui la Corte costituzionale, allontanandosi dal quadro positivo, introduce «un filtro originariamente destinato ad operare sul terreno dei rapporti fra ordinamenti, dove il problema non è quello di impedire al legislatore costituzionale di sovvertire le scelte fatte in sede costituente, ma di evitare che, per tramite diversi dalla revisione costituzionale, si incida su aspetti essenziali dell'ordine repubblicano».

<sup>91</sup> [Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18](#), con note di C. CARDIA, *Una ridefinizione del matrimonio concordatario*, in *Giust. civ.*, 1982, 1450 e P. CARETTI, *Il principio di laicità in trent'anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 761.

<sup>92</sup> [Corte cost., 27 dicembre 1965, n. 98](#), con note di N. CATALANO, *Compatibilità con la Costituzione italiana delle legge di ratifica del Trattato CECA*, in *Foro it.*, 1966, 8; M. MAZZIOTTI, *Osservazione*, in *Giur. cost.*, 1965, 1329; G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale in materi comunitaria (1964-1976) e superamento della sovranità nazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1175. Peraltro riconducono l'art. 2 Cost. ai principi supremi dell'ordinamento P. GROSSI, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 145; R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 173; *contra* A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1994, *passim*.

<sup>93</sup> Cfr. I. ANDOLINA, G. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, 63 secondo cui si tratta di un limite alla revisione costituzionale; mentre per M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, Milano 1984, 4 è il primo diritto fondamentale, nella scala gerarchica, da cui derivano tutte le altre garanzie processuali.

<sup>94</sup> *Ex multiis*, v. [Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232](#); [Corte cost., 21 aprile 1994, n. 155](#), annotata da G. COSTANTINO, *Prime note sul "fallimento" dei Comuni*, in *Foro it.*, 1994, 3345; [Corte cost., 8 maggio 1996, n. 148](#), con note di C. CONSOLO, *La Consulta e l'imparzialità del giudice della tutela cautelare civile in ambito fallimentare*, in *Corr. giur.*, 1996, 879; E. FABIANI, *L'art. 146 legge fallimentare: problemi di costituzionalità e di compatibilità con il procedimento cautelare uniforme ex art. 669 bis ss.*, in *Foro it.*, 1996, 2648; I. SCALERA, *Le misure cautelari ex art. 146, comma terzo, legge fallim., dopo la novella processualcivile e la sentenza della Corte*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 1996, 797.

<sup>95</sup> V. ANDRIOLI, *Scritti giuridici*, I, Milano, 2007, 6.

<sup>96</sup> Così [Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212](#), con nota di M. TIRELLI, *A quando la risposta del legislatore alla sentenza costituzionale n. 26 del 1999?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 980; [Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26](#), cit.

<sup>97</sup> Così, ma con riferimento all'istituto della revocazione sull'insindacabilità del giudicato costituzionale, C. CONSOLO, *Le decisioni della Corte debbono essere suscettibili di revocazione?*, in *Corr. giur.*, 1989, 654.

<sup>98</sup> P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 272, di cui anche la precedente citazione.

processuale, non si ravvede una valida ragione giuridica per azzerare il contenuto di una disposizione per darne attuazione a un'altra dello stesso tipo<sup>99</sup>.

Pe ultimo, si può chiudere proprio richiamando quella “base” che si è cercato di “sovvertire”: ritornando alla struttura reticolare dell’ordinamento, essa involge non solo la teoria delle fonti, ma – come ha osservato Pietro Pinna – anche gli stessi rapporti tra poteri, perché «nessuna istituzione è intrinsecamente superiore alle altre»; nessun potere, neppure la Corte costituzionale, potrebbe porsi «come unità o sintesi dell’intero sistema»<sup>100</sup>, sottraendosi così all’essere convenuta davanti a un suo intollerabile abuso.

## 6. Conclusioni.

Al termine della discussione, si può ricapitolare la posizione assunta. La legittimazione attiva della Corte costituzionale è pacifica ma necessita, per più linee direttrici, del rispetto dell’art. 24 Cost. e dell’art. 111 Cost., affinché possa garantirsi un giusto processo, il che – come visto – avrebbe il beneficio di garantire l’autorevolezza della stessa pronuncia costituzionale, qualora si verificasse un caso talmente estremo.

L’impossibilità di individuare dei validi strumenti applicativi, unita alla constatazione per cui non può esistere nessun giudice dei conflitti che non sia la stessa Corte costituzionale, hanno permesso di avanzare un tentativo di soluzione *de lege ferenda*, prevedendosi una doppia delibazione (sia per l’ammissibilità del conflitto con ordinanza sia per la statuizione nel merito con sentenza) della Corte costituzionale in composizione aggregata, magari accentuando il ruolo di garanzia del Presidente della Repubblica nella scelta dei giudici aggregati.

Più complessa è risultata la possibilità di riconoscere la legittimazione passiva della Corte costituzionale. Innanzi a una sua netta presa di posizione negativa, andrebbe valorizzato il ruolo del conflitto tra poteri come ultimo baluardo dell’ordinamento democratico, come *L’ultima fortezza*, per richiamare il fondamentale lavoro di Roberto Bin. L’interprete, dottrina o giurisprudenza, dovrebbe partire dal presupposto che anche l’organo di massima garanzia, qual è la Corte costituzionale, può eccedere nel ruolo, può travalicare i limiti del suo potere.

Già Socrate si chiedeva, infatti, a chi spetterà l’arduo (o impossibile) compito di custodire i custodi. La storia giuridica fornisce molti esempi, basti ricordare gli intollerabili abusi cui si fecero portatori, secondo una certa ricostruzione, i *decemviri*. Espressione della plebe, trasformandosi in altrettanti tiranni, proclamarono le ultime due tavole inique<sup>101</sup>. Adottando questa prospettiva, si è ammessa la legittimazione anche passiva del Giudice delle Leggi. Questa conclusione incontra un importante limite nel giudicato costituzionale, che sembra apparentemente porsi in rotta di collisione con l’aspirazione avanzata.

Dopo aver dimostrato che non è sconosciuta, nel pensiero della Corte, la possibilità di sindacare i propri precedenti – come hanno sostenuto Gustavo Zagrebelsky e Paolo Veronesi – si è visto come non vi sia corrispondenza tra la *law in the books* e quella *in action*. Sfatato il “mito” dell’art. 137 Cost. come norma invalicabile, per richiamare un lessico tipico di Santi Romano, non si è ritenuto applicabile l’istituto processualciviltistico della revocazione per errore di fatto. Sia per non addentrarsi in un tema che vede la dottrina fortemente divisa, ma soprattutto perché la categoria dell’errore di fatto non sembra percorribile.

Si è preferito, di converso, rovesciare l’assunto che l’art. 137 Cost. rappresenti una disposizione speciale rispetto all’art. 134 Cost.; in un’ottica ispirata alla gerarchia delle disposizioni costituzionali, nota alla dottrina e alla giurisprudenza, si è concluso per la possibilità di adottare una visione opposta, concludendosi per la prevalenza dell’art. 134 Cost., con la precisazione che – anche laddove fossero

<sup>99</sup> In questi termini P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte*, cit., 273.

<sup>100</sup> P. PINNA, *I conflitti di attribuzione*, cit., 15.

<sup>101</sup> Su questi profili mi sia permesso rinviare a A.R. RIZZA, *La lex Aquilia. Profili evolutivi della responsabilità extracontrattuale nel diritto romano*, Roma, 2018, spec. 20-22.

considerate disposizioni processuali equi-ordinate – non sarebbe altrettanto giustificabile la prevalenza assoluta di un principio su un altro.

Risolto in questi termini il problema, anche in questo caso si ripropone la necessità di garantire un *due process of law*. Qui, però, è possibile individuare due soluzioni differenti, a seconda della composizione del collegio costituzionale. Qualora non vi sia corrispondenza tra la composizione del Giudice delle Leggi accusato di aver leso le attribuzioni costituzionali di un altro potere e quello chiamato a giudicare, la terzietà e imparzialità non sembrerebbe lesa, richiamando la distinzione tra giudice “persona” e giudice “organo” e venendo meno quel fenomeno dello “sdoppiamento funzionale” di cui ha parlato Antonio Ruggeri. Diverse considerazioni, invece, nel caso in cui vi sia totale (o maggioritaria) corrispondenza del collegio giudicante, in tal modo si potrebbe nuovamente propendere per una integrazione della Corte, passando necessariamente da quella certezza che solo il *ius positum* può garantire.

**Cosimo Lotta**

**Prime osservazioni sul rapporto tra il reato di “Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti” e le libertà di corrispondenza e di manifestazione del pensiero**

SOMMARIO: 1. La previsione del reato di “*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*” nell’ambito del disegno di legge c.d. “Codice rosso”. Tentativo definitorio del fenomeno e inadeguatezza della normativa attuale volta a reprimerlo. – 2. L’art. 612-ter e le libertà di corrispondenza e manifestazione del pensiero. Dette libertà vengono davvero interessate dal reato in esame? – 3. *Segue*: Fondamento costituzionale del reato di “*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*”.

1. *La previsione del reato di “Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti” nell’ambito del disegno di legge c.d. “Codice rosso”. Tentativo definitorio del fenomeno e inadeguatezza della normativa attuale volta a reprimerlo.*

Con l’A.C. 1455 la Camera dei Deputati ha approvato in prima lettura il disegno di legge di iniziativa governativa – attualmente sottoposto all’esame del Senato<sup>1</sup> – recante modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere. Nell’ambito del suddetto disegno di legge (c.d. “Codice rosso”) è stata introdotta, con la proposta emendativa n. 1.500, la fattispecie criminosa di “*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*” (art. 612-ter), giornalmisticamente nota come reato di *revenge porn*. Con tale espressione si fa riferimento alla c.d. vendetta porno (o porno vendetta), consistente nella pratica di chi, a seguito della cessazione della relazione con il/la partner (ma non necessariamente), divulga e diffonde materiale a contenuto sessualmente esplicito, destinato a rimanere privato, senza il consenso delle persone interessate e rappresentate. Il suddetto materiale può essere stato realizzato direttamente dall’autore delle condotte di diffusione ovvero gli può essere stato inviato dalla vittima tramite messaggi privati (c.d. *sexting*) e poi divulgato. La vittima di tali condotte il più delle volte non solo è contraria alla diffusione delle immagini o video in cui è raffigurata, ma è addirittura ignara dell’esistenza di detto materiale a contenuto sessualmente esplicito, in quanto esso viene realizzato con telecamere nascoste o avvalendosi di programmi informatici che riescono a captare immagini e video e che sono stati abusivamente installati sui dispositivi (personal computer o smartphone) della vittima. Le ripercussioni psicologiche che subiscono le vittime di tale pratica sono, come è facile intuire, spesso irreversibili: infatti, non solo è violata la loro intimità, il loro onore e la reputazione, ma molto spesso tale fenomeno è accompagnato dal *cyberbullismo*, che nella maggior parte dei casi non colpisce il c.d. *porn revenger*, ma la vittima stessa, la quale, oltre all’umiliazione subita per il fatto in sé della pubblicazione, è destinataria di commenti ingiuriosi e diffamatori da parte di estranei internauti che visionano le immagini o video a contenuto sessualmente esplicito che la riguardano<sup>2</sup>.

Attualmente non vi è nell’ordinamento italiano un reato specifico volto a contrastare tali condotte. Invero, esse – in assenza di una normativa apposita – vengono ad oggi sussunte sotto le fattispecie di diffamazione (art. 595 c.p.) ovvero all’interno della fattispecie di illecito trattamento di dati personali, reato questo previsto e perseguito dall’art. 167 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196<sup>3</sup>. Talvolta, invece,

<sup>1</sup> Disegno di legge S. 1200, trasmesso dalla Camera dei Deputati in data 8 aprile 2019.

<sup>2</sup> Sul tentativo di una definizione del fenomeno del c.d. *revenge porn*, cfr. S. CORSI, *Revenge Porn: analisi sulla ragionevolezza di un intervento legislativo*, in [CyberLaws](#), 2019, Aprile.

<sup>3</sup> Tale disposizione è stata modificata dal d.lgs. 10 agosto 2018 n. 101, «con il quale è stato adeguato il *Codice della Privacy* al nuovo Regolamento (UE) 2016/979. Nella predisposizione dello schema di decreto legislativo è stata accolta la richiesta avanzata dalle Commissioni parlamentari di punire le condotte di cui all’art. 167 non solo quando sorrette da una volontà di trarre profitto, ma anche ove sussista una volontà di arrecare un danno ad altri. Ciò in particolare per garantire proprio una tutela forte contro fenomeni criminogeni quali il *revenge porn*» (Servizio studi del Senato – n.b.

le condotte di illecita diffusione di materiale pornografico senza il consenso del soggetto interessato sono state sussunte nella fattispecie di “atti persecutori” di cui all’art. 612-*bis* c.p. ovvero in quella di violenza privata prevista dall’art. 610 c.p. A volte, invece, gli autori delle condotte in esame sono stati perseguiti per il reato di “diffusione di riprese e registrazioni fraudolente” di cui all’art. 617-*septies*, comma 1, c.p., ovvero, nel caso in cui i soggetti coinvolti fossero minori, per il reato di produzione e divulgazione di pedopornografia contemplato all’art. 600-*ter* del Codice penale. Talora, invece, si è provato a ricondurre le condotte di diffusione illecita di immagini o video a contenuto sessualmente esplicito nell’ambito del reato di “interferenze illecite nella vita privata” (art. 615-*bis*) ovvero nel reato di “accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico” (art. 615-*ter* c.p.).

Invero, le fattispecie summenzionate non sempre si sono rivelate idonee a tutelare i beni giuridici che vengono aggrediti dalle condotte di *revenge porn*.

Consapevole quindi dell’esigenza di apprestare una tutela incisiva alle vittime di tali pratiche, il legislatore ha deciso di introdurre, con il disegno di legge sopracitato, l’art. 612-*ter* del Codice penale.

2. *L’art. 612-ter e le libertà di corrispondenza e manifestazione del pensiero. Dette libertà vengono davvero interessate dal reato in esame?*

L’art. 612-*ter* c.p., che comunque nella forma base del reato non fa riferimento alla c.d. porno-*vendetta* (salvo prevedere – come si vedrà in seguito – la circostanza aggravante dell’aver commesso il fatto in danno del coniuge o di persona legata da relazione affettiva con il reo), punisce con la reclusione da 1 a 6 anni e con la multa da euro 5.000 a euro 15.000 e salvo che il fatto costituisca più grave reato «chiunque, dopo averli realizzati o sottratti, invia, consegna, cede, pubblica o diffonde immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, destinati a rimanere privati senza il consenso delle persone rappresentate». La fattispecie in esame, inoltre, prevede al secondo comma che la stessa pena sia applicata «a chi, avendo ricevuto o comunque acquisito le immagini o i video di cui al primo comma, li invia, consegna, cede, pubblica o diffonde, senza il consenso delle persone rappresentate al fine di recare loro nocumento». Il terzo comma prevede appunto due ipotesi aggravate (aumento fino ad un terzo della pena): la prima costituita dal rapporto sentimentale che, pregresso o sussistente, lega l’autore del reato con la persona offesa; la seconda qualora la diffusione avvenga con strumenti informatici o telematici. Il quarto comma prevede un aumento di pena da un terzo alla metà qualora i fatti siano commessi in danno di una donna in stato di gravidanza ovvero nel caso in cui la vittima sia in condizioni di inferiorità fisica o psichica. Infine, il quinto comma disciplina il regime di procedibilità: il delitto è punibile a querela della persona offesa tranne nei casi di cui al quarto comma. Il termine per la proposizione è di sei mesi e la remissione della querela può essere solo processuale.

Tanto premesso, occorre individuare il bene giuridico tutelato dalla nuova fattispecie penale. La sezione III del capo III del titolo XII del Codice penale (artt. 610-613), all’interno della quale è inserita la nuova fattispecie delittuosa di cui all’art. 612-*ter*, si occupa dei delitti contro la libertà morale, bene giuridico questo che trova il suo fondamento nell’art. 13 della Costituzione. Ciò fa intendere che la fattispecie in esame sia plurioffensiva: bene giuridico tutelato dalla norma *de qua* è infatti sia la libertà di autodeterminazione dell’individuo sia l’integrità della propria coscienza nonché l’onore, la reputazione della persona offesa e la sua riservatezza.

E, proprio al fine di tutelare detti beni giuridici, tale nuova fattispecie penale a prima vista sembrerebbe incidere sulla libertà di corrispondenza (art. 15 Cost.), nonché sulla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.). A tal proposito, occorre innanzitutto dare conto del diverso ambito di operatività delle due libertà testé menzionate (anche alla luce delle nuove modalità di comunicazione) e quindi comprendere se davvero esse risultano essere comprese dal reato di “*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*”.

---

nota breve n. 57 del marzo 2019 – A.S. 1076 – Misure per il contrasto della diffusione non autorizzata di materiale sessualmente esplicito).

L'art. 15 della Costituzione statuisce che «la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire solo per atto dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge». La libertà di corrispondenza, assieme a quella di domicilio, «integra e precisa» la portata dell'art. 13 della Costituzione, quest'ultima «garantendo alla persona un certo ambito spaziale, l'altra garantendo una delle forme più dirette ed immediate di collegamento della persona con il mondo esterno»<sup>4</sup>.

Secondo la dottrina classica, il concetto di comunicazione – all'interno del quale bisogna ricomprendere il concetto di corrispondenza di cui all'art. 15 della Costituzione – «deve essere inteso nel modo più ampio possibile, essendo a tal fine irrilevanti sia il contenuto trasmesso, sia la forma adoperata (che può consistere anche nell'uso di segni convenzionali, gesti, figurazioni o immagini simboliche) sia infine lo strumento di trasmissione [...]». Quindi, sempre secondo questo orientamento, perché possa discorrersi di corrispondenza e di “ogni altra forma di comunicazione”, rientranti nella tutela dell'art. 15 Cost., è necessario che esse presentino due caratteristiche fondamentali: l'intersubiettività e l'attualità. È cioè necessario che la comunicazione sia diretta a uno o più soggetti determinati e che non sia trascorso un determinato periodo di tempo tale da far ritenere cessata l'attualità della comunicazione stessa (nel qual caso, infatti, essa assumerà un mero valore retrospettivo, affettivo, storico, scientifico, etc.)<sup>5</sup>.

Pertanto, seguendo detta impostazione, la differenza tra l'art. 15 e l'art. 21 della Costituzione risiederebbe in ciò: mentre l'art. 15 tutela la comunicazione intercorrente tra soggetti determinati e destinata a rimanere segreta e libera da ingerenze sia dei privati sia della pubblica autorità, l'art. 21 non presuppone l'esistenza di un rapporto tra mittente e destinatario e tutela la manifestazione del pensiero destinato ad essere portato a conoscenza da una pluralità di soggetti non determinati *a priori*. E ancora, l'art. 21 Cost. pone dei limiti alla manifestazione del pensiero sia espliciti (manifestazioni contrarie al buon costume) sia impliciti, riferibili ad altri valori costituzionalmente tutelati (onore, reputazione, identità personale, riservatezza, etc.)<sup>6</sup>. Diversamente, le comunicazioni rientranti nell'ambito dell'art. 15 possono essere limitate solo a seguito di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge e non anche con l'intervento dell'autorità di pubblica sicurezza nei casi di assoluta urgenza (contrariamente a quanto disposto dall'art. 21 Cost. per la libertà di manifestazione del pensiero).

In merito al contenuto delle summenzionate libertà, come sostenuto da autorevole dottrina, sia quella di manifestazione del pensiero che quella di corrispondenza tutelano, sebbene con diverse modalità, la libertà di espressione<sup>7</sup>. Peraltro, in merito al contenuto, la distinzione tra libertà di manifestazione del pensiero e la libertà di corrispondere risiede solo nella diversità di modalità con cui avviene la manifestazione del pensiero stessa e non in altro. Infatti, l'esistenza di un rapporto preesistente tra mittente e destinatario, che alcuni hanno inteso porre a fondamento della distinzione tra libertà di cui all'art. 15 e quella di cui all'art. 21, in realtà non sembra convincere, atteso che detto rapporto «se è presente nella generalità delle ipotesi disciplinate dall'art. 15, non è invece essenziale alla realizzazione di quella fattispecie, potendo anzi il rapporto tra mittente e destinatario costituirsi proprio *a seguito* (e in conseguenza) della comunicazione o della missiva»<sup>8</sup>.

Ebbene, se queste differenze risultano essere nette avuto riguardo ai *classici* mezzi di comunicazione, proprio con riferimento ai moderni *mass media* il confine tra art. 15 e art. 21 risulta incerto, atteso che la molteplicità delle modalità di interazione tra gli internauti (dalla chat su servizi di messaggistica istantanea, alla condivisione di un *post* su un *social network*, passando alla

---

<sup>4</sup> P. BARILE – E. CHELI, voce *Corrispondenza (Libertà di)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 744.

<sup>5</sup> Sul punto cfr. F. DONATI, *Art. 15*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, 364.

<sup>6</sup> [Corte Cost., sent. n. 20/1974](#).

<sup>7</sup> A. PACE – M. MANETTI, *Rapporti civili. Art. 21 – La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna: Zanichelli, 2006, 11.

<sup>8</sup> A. PACE – M. MANETTI, *op. cit.*, 14-15.



possibilità di instaurare conversazioni private sulle *chat* dei *social network* stessi) non sempre rende agevole la distinzione del confine tra aree coperte dall'art. 15 o dall'art. 21. Ciò è dovuto al fatto che «la comunicazione intersoggettiva tra persona e persona si sta sempre più confondendo e sovrapponendo alla comunicazione di massa»<sup>9</sup>.

Infatti, con la c.d. «rivoluzione digitale» i nuovi mezzi di comunicazione possono essere usati indifferentemente sia per le comunicazioni interpersonali, sia per manifestare il proprio pensiero ad un pubblico indeterminato. Pertanto, la tradizionale distinzione tra telecomunicazioni, che trovano la loro copertura costituzionale nell'art. 15 Cost., e *media* (televisioni), che hanno come parametro di riferimento l'art. 21 Cost., è stata sostituita con quella tra “reti”, “servizi” e “contenuti”<sup>10</sup>.

Invero, le nuove tecniche di comunicazione (si faccia riferimento, in particolare, all'utilizzo dei *social network*) richiedono un ripensamento del modo di intendere il rapporto tra art. 15 e art. 21 della Costituzione, atteso che è riduttivo, proprio perché non si riesce a cogliere l'ampiezza e la molteplicità delle *situazioni comunicative* realizzabili con le nuove tecnologie, limitarsi a distinguere la libertà di manifestazione del pensiero da quella di corrispondenza attribuendo un ruolo rilevante alla “predeterminatezza” (art. 15) o meno (art. 21) dei destinatari<sup>11</sup>. Perciò, affinché possa cogliersi la differenza tra libertà di corrispondenza e quella di manifestazione del pensiero nell'ambito del dinamismo di Internet, sarà necessario – come sostenuto da parte della dottrina<sup>12</sup> – soffermarsi sul «nesso esistente tra libertà di comunicazione e mezzo, ossia “il condizionamento che alla situazione soggettiva in esame deriva dal mezzo e dalla correlativa disciplina”»<sup>13</sup>. Ebbene, proprio perché in diverse forme di comunicazione si riscontrano delle interferenze tra l'art. 15 e l'art. 21 Cost., si ritiene di dover aderire a quella impostazione che considera necessario il superamento, per le *nuove* modalità interattive su internet, della lettura tradizionale che vede nella libertà di corrispondenza un diritto individuale e la libertà di manifestazione del pensiero come avente una dimensione “sociale”<sup>14</sup>. Punto di arrivo del superamento di tale visione classica è stato rinvenuto nell'individuazione di una matrice comune ai principi dettati agli artt. 15 e 21 Cost.: la «libertà della comunicazione», quale formula che muove dai principi degli artt. 15 e 21 ma li lega in una prospettiva nuova e più ampia»<sup>15</sup>. Secondo l'impostazione prospettata, quindi, per differenziare l'ambito di operatività dell'art. 15 e dell'art. 21 non è sufficiente fare riferimento alla determinatezza o meno dei destinatari (ciò che, invero, può portare a conclusioni fuorvianti), ma è necessario prendere in considerazione caso per caso le diverse modalità comunicative in concreto adottate e quindi così distinguere quelle che mirano a comunicare messaggi a singoli soggetti o alla generalità<sup>16</sup>.

Dunque, tali problematiche a prima vista sembrerebbero riguardare anche il reato di cui all'art. 612-ter, atteso che le condotte che la fattispecie in esame punirà una volta entrata in vigore riguarderanno esclusivamente (o quasi) la diffusione delle immagini o video a contenuto sessualmente esplicito, senza il consenso delle persone rappresentate, divulgate tramite *social network* o di servizi di messagistica istantanea. Con detti strumenti, infatti, la velocità di comunicazione e trasmissione dei dati, tra cui vanno ricompresi le immagini e i video a contenuto sessualmente esplicito, rende quasi *superfluo* ricorrere ai classici mezzi di comunicazione. Ed è

---

<sup>9</sup> E. CHELI, *Conclusioni* in G. MORBIDELLI - F. DONATI (a cura di), *Comunicazioni: verso il diritto della convergenza?*, Torino, 2003, 185.

<sup>10</sup> F. DONATI, voce *Internet (Dir. Cost.)* in *Enc. Dir., Annali VII*, Milano, 2014, 533.

<sup>11</sup> Tale distinzione era stata invero accolta dalla Corte Costituzionale (Corte Cost, sent. 1030 del 1988). In detta sentenza si è affermato infatti che «l'essenziale distinzione tra i diritti di libertà garantiti dagli artt. 15 e 21 Cost. si incentra effettivamente – [...] in conformità alla prevalente dottrina - sull'essere la comunicazione, nella prima ipotesi, diretta a destinatari predeterminati e tendente alla segretezza e, nell'altra, rivolta invece ad una pluralità indeterminata di soggetti». Tale lettura era evidentemente dettata dalla circostanza che in passato i classici mezzi di comunicazione rendevano agevole e netta la distinzione tra art. 15 e art. 21 Cost.

<sup>12</sup> A. VALASTRO, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie*, 2001, 142 ss.

<sup>13</sup> A. VALASTRO, *op. cit.*, 144.

<sup>14</sup> F. DONATI, *Commentario alla Costituzione*, cit., 366.

<sup>15</sup> A. VALASTRO, *op. cit.*, 155.

<sup>16</sup> A. VALASTRO, *op. cit.*, 162.

proprio con riferimento ai *social network* e ai servizi di messagistica istantanea che, a prima vista, ci si potrebbe interrogare su quale sia la libertà costituzionale compressa (corrispondenza o manifestazione del pensiero), considerata anche la diversità di garanzie sottese alle due norme.

Ma, giunti a questo punto, è opportuno chiedersi se a monte il reato di “*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*” incida effettivamente sulla “libertà della comunicazione” così come sopra ricostruita, anche alla luce dell’esistenza di nuove modalità comunicative che non permettono di distinguere agevolmente, per gli odierni mezzi di comunicazione di massa, l’ambito di operatività dell’art. 15 e dell’art. 21 Cost. Nello specifico, è necessario chiedersi se il contenuto delle comunicazioni aventi ad oggetto le immagini o i video a contenuto sessualmente esplicito possa ricadere nella tutela dell’art. 15 e dell’art. 21 Cost. Detto in altri termini: il contenuto delle comunicazioni previste dall’art. 612-ter può farsi rientrare nella tutela prevista per la libertà e segretezza della corrispondenza e per la libertà di manifestazione del pensiero? Ciò che si mira a comunicare con le immagini e/o i video a contenuto pornografico è davvero un pensiero giuridicamente rilevante e tutelabile nelle forme previste dall’art. 15 e dall’art. 21 Cost.? Al fine di dare una risposta a detto quesito sarà necessario soffermarsi proprio sul concetto di pensiero che è alla base delle libertà in parola.

Atteso che, come detto, la differenza tra libertà di corrispondenza e quella di manifestazione del pensiero risiederebbe (soprattutto avuto riguardo ai nuovi *social media*) solo nelle diverse modalità di comunicazione (infatti, il contenuto delle libertà in parola – cioè l’espressione del pensiero – è il medesimo), si ritiene di dover condividere la tesi che rinviene nella libertà di cui all’art. 15 e in quella di cui all’art. 21 degli strumenti costituzionali atti a «diffondere le espressioni della personalità dell’autore»<sup>17</sup>. Ciò posto, può ritenersi che la diffusione di video e/o di immagini a contenuto sessualmente esplicito sia funzionale alla realizzazione della personalità del loro autore? Quale pensiero infatti verrebbe trasmesso con la condotta punita dall’art. 612-ter c.p.?

Invero, nell’ambito della libertà di manifestazione del pensiero<sup>18</sup>, si è ritenuto che da un punto di vista contenutistico non esistano “limiti logici”, insiti all’interno del concetto stesso di manifestazione pensiero, atti a definire cosa esso non sia. È stato infatti sostenuto che tali limiti, privi di qualsivoglia base positiva, priverebbero di copertura costituzionale «le opinioni politiche che propugnino la rottura delle condizioni fondamentali di evoluzione della istituzione, le opinioni critiche che contengano apprezzamenti negativi immotivati o motivati da una mera animosità personale, le creazioni della fantasia che si concretino in riproduzioni fotografiche, anche se cosiddette artistiche, le notizie di cronaca che non rispettino la verità»<sup>19</sup>.

Ebbene, nel portare avanti la tesi secondo cui la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti non abbia alla base un pensiero giuridicamente rilevante e tutelabile nelle forme previste dall’art. 15 e dall’art. 21 Cost., ci si sente confortati dalla dottrina appena richiamata. Essa infatti, nel sostenere che non vi sono “limiti logici” alla libertà di pensiero, fa comunque riferimento alla diffusione di un pensiero sia esso politico (anche se eversivo), artistico o di interesse generale, e nega che aprioristicamente possa essere posto un limite alla loro manifestazione. Ma, nei casi summenzionati, si fa riferimento comunque ad una esternazione che può essere considerata un pensiero, espressione cioè della personalità dell’autore della sua diffusione. Nella fattispecie di cui all’art. 612-ter c.p., invece, non viene in rilievo alcun pensiero che sia espressione della personalità dell’autore del reato. Piuttosto, divulgando video o immagini a contenuto sessualmente esplicito senza il consenso del soggetto rappresentato, l’autore pone in essere un comportamento materiale penalmente rilevante assimilabile, ad esempio, alle condotte che mirano ad offendere l’incolumità fisica della vittima. Si è in entrambi i casi di fronte a delle condotte che mirano ad offendere beni giuridici di rilevanza costituzionale e che alla base non hanno alcun pensiero giuridicamente rilevante e tutelabile nelle forme e nei modi previsti dall’art. 15 e 21 Cost.

<sup>17</sup> Cfr. A. PACE – M. MANETTI, *op. cit.*, 50-51.

<sup>18</sup> Ma le considerazioni che seguiranno si reputano vevoli anche avuto riguardo alla libertà di corrispondenza.

<sup>19</sup> P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 431-432.

A ben vedere, quindi, nella fattispecie di “*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*” la condotta dell’autore del reato non è idonea a comprimere le libertà di cui agli artt. 15 e 21 della Costituzione. La diffusione del materiale pornografico, infatti, è un’azione violenta che nulla ha a che vedere con l’esternazione di un pensiero, espressione della personalità del suo autore. L’unico obiettivo del reo è quello di ledere l’identità morale e l’onorabilità della vittima.

La condotta descritta dall’art. 612-ter ha, tuttavia, una peculiarità: essa verrà realizzata tramite gli strumenti deputati per loro natura alla trasmissione del pensiero e che godono della tutela costituzionale prevista dagli artt. 15 e 21 Cost. Nondimeno, ciò non deve indurre in errore: la condotta punita dal reato di “*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*” – come sostenuto – non ha alla base un pensiero rilevante per le libertà di corrispondenza e di manifestazione del pensiero e, pertanto, all’autore del delitto di cui al 612-ter non potranno essere accordate le garanzie costituzionali previste dagli artt. 15 e 21 Cost.

3. Segue: *Fondamento costituzionale del reato di “Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti”*.

Quindi, alla luce delle considerazioni sinora svolte, è erroneo rinvenire nell’art. 15 e 21 della Cost. le libertà intaccate dal reato di “*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*”. Non deve infatti indurre in errore la circostanza che la condotta descritta dall’art. 612-ter verrà (esclusivamente) posta in essere utilizzando mezzi di comunicazione (siano essi informatici o no), deputati alla trasmissione del pensiero.

Orbene, se è vero quanto detto in merito alla elaborazione dottrinale della c.d. libertà della comunicazione attesa la difficoltà di ricondurre all’art. 15 piuttosto che all’art. 21 (e viceversa) talune forme di manifestazione del pensiero nell’ambito dei moderni mezzi di comunicazione di massa, bisogna evidenziare che per l’art. 612-ter – proprio perché non ha ad oggetto la manifestazione di un pensiero – sono irrilevanti queste libertà.

Con la fattispecie di reato di “*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*” viene quindi tutelato il diritto alla riservatezza che, pur non essendo espressamente previsto nella Costituzione, va ricompreso tra i diritti costituzionali. A tale conclusione è pervenuta sia la Corte di Cassazione sia la Corte costituzionale, «cogliendo nel disposto dell’art. 2 Cost. (intesa come clausola aperta [...]) o nell’art. 3, comma 1 (là dove si allude alla tutela della dignità sociale) i punti di riferimento cui legare il diritto alla riservatezza»<sup>20</sup>.

Ebbene, in virtù delle considerazioni svolte, si ritiene che il fondamento costituzionale dell’art. 612-ter c.p. è da rinvenirsi negli artt. 2, 3 e 13 (intesa quale libertà di autodeterminarsi) Cost., mentre la libertà di corrispondenza e la libertà di manifestazione del pensiero non vengono comprese dal reato in esame atteso che la diffusione dei video o delle immagini a contenuto sessualmente esplicito, senza il consenso del soggetto ivi rappresentato, non è configurabile come pensiero tutelabile nelle forme e nei modi previsti dagli artt. 15 e 21 Cost.

---

<sup>20</sup> P. CARETTI – G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Giappichelli, 2017, 320.

**Cristina Luzzi\***  
**Il “caso Ilva” nel dialogo tra le Corti**  
**(osservazioni a margine della sentenza *Cordella e altri c. Italia* della Corte EDU)**

SOMMARIO: 1. La problematicità della sentenza *Cordella e altri c. Italia*. – 2. Un primo profilo di interesse: la legittimazione dei ricorrenti ed il riconoscimento delle loro posizioni formali. – 3. L’effettiva protezione dei diritti: le violazioni degli articoli 8 e 13 CEDU ed il mancato impiego della “sentenza pilota”. – 4. Verso un primato del diritto alla salute? Aperture e freni nel dialogo tra le Corti.

1. *La problematicità della sentenza Cordella e altri c. Italia.*

Con la sentenza *Cordella e altri c. Italia* del 24 gennaio 2019<sup>1</sup>, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha aggiunto un nuovo tassello al caso giudiziario, e mediatico, che vede come protagonista lo stabilimento siderurgico Ilva di Taranto<sup>2</sup>.

In particolare, riuniti due ricorsi, presentati rispettivamente nel 2013 e nel 2015, la Corte EDU ha accolto le doglianze di circa centosessanta cittadini<sup>3</sup> che ad oggi, o in passato, hanno risieduto nella città di Taranto o in alcune zone ad essa limitrofe. Questi ultimi lamentavano la violazione degli artt. 2, 8 e 13 della CEDU causata, a loro avviso, sia dalla mancata adozione di misure legislative indirizzate a tutelare il loro diritto alla salute e ad un ambiente salubre, sia dall’assenza di un’adeguata informazione in merito al livello di inquinamento originato dall’attività di produzione e ai rischi per la salute ad esso connessi.

In generale, dunque, la sentenza *Cordella e altri c. Italia*, si aggiunge alla serie di decisioni in tema di attività pericolose<sup>4</sup>, grazie alle quali, ricorrendo al diritto alla vita o al rispetto della vita privata di cui agli artt. 2 e 8 CEDU, la Corte di Strasburgo concede una protezione giurisdizionale ai diritti sociali, qual è d’altronde il diritto alla salute, anche declinato nel suo significato di diritto ad un ambiente salubre<sup>5</sup>, seppure in assenza di una disposizione convenzionale *ad hoc*<sup>6</sup>.

Una tutela debole certo, perché circoscritta al versante liberale di tali diritti ma che, dinanzi alla mancata natura giurisdizionale del Comitato Europeo dei diritti sociali e al ruolo, fino ad ora residuale

---

\* *Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche, curriculum di Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, nell’Università di Pisa.*

<sup>1</sup> Corte EDU 24 gennaio 2019 (ricorsi n. 54414/13 e 54264/15): la sentenza è consultabile all’indirizzo telematico <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-192164>. Per un commento, cfr. S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 19 marzo 2019.

<sup>2</sup> A partire da novembre 2018 lo stabilimento siderurgico è stato acquistato dal Gruppo ArcelorMittal e rinominato ArcelorMittal Italia; si utilizza, tuttavia, per semplificazione, ancora il nome Ilva per indicare la società e, di seguito, l’espressione *decreto salva Ilva*.

<sup>3</sup> A fronte di circa centottanta ricorsi la Corte ne dichiara irricevibili soltanto diciannove, non rientrando la zona di residenza di tali ricorrenti in quella considerata “ad alto rischio ambientale”, e, dunque non potendosi, per costoro, riconoscere lo stato di “vittime”.

<sup>4</sup> A titolo esemplificativo cfr. i casi *López Ostra c. Spagna*, 9 dicembre 1994; *Guerra e altri c. Italia*, 19 febbraio 1998; *Hatton e altri c. Regno Unito*, GC, 8 luglio 2003. Più recente, in merito alla delicata questione della gestione dei rifiuti in Campania, cfr. *Di Sarno e altri c. Italia*, 10 gennaio 2012.

<sup>5</sup> La Corte EDU sembrerebbe considerare il diritto all’ambiente salubre come una fisiologica estensione del diritto alla salute; sul punto a livello interno, M. LUCIANI, *Salute I) Diritto alla salute – diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1991, XXVII, sostiene che «la protezione costituzionale del diritto all’ambiente, allora si ricollega direttamente ed immediatamente alla protezione costituzionale del diritto alla salute come diritto alla propria integrità psico-fisica della quale rappresenta il prolungamento e la naturale evoluzione».

In altro senso, a favore della qualificazione del diritto ad un ambiente sano come diritto autonomo cfr. A. BOYLE, *Human Rights and the Environment: Where Next?*, in *European Journal of International Law*, 2012, III, 626 ss.; G. ESCOBAR ROCA, *Nuevos derechos y garantías de los derechos*, Madrid, 2018, 127 ss.

<sup>6</sup> In particolare, sulla tutela dei diritti sociali in seno alla Corte Europea, e contestualmente sull’insufficienza di quest’ultima cfr. A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2012, III; C. SALAZAR, *I diritti sociali nel difficile dialogo tra le Corti*, in *Nuovo dir. amm.*, 2016, IV, 3 ss.

della Carta sociale Europea<sup>7</sup>, rappresenta uno strumento per vigilare, seppur limitatamente alla loro dimensione negativa, sulla garanzia accordata dagli Stati ai diritti sociali dei singoli e che, nella vicenda Ilva, si segnala come un chiaro elemento di novità.

*2. Un primo profilo di interesse: la legittimazione dei ricorrenti ed il riconoscimento delle loro posizioni formali.*

Muovendo dalle valutazioni preliminari intorno alla ricevibilità delle questioni, la Corte di Strasburgo smentisce, *in primis*, la tesi del Governo italiano a giudizio del quale i ricorsi dei cittadini sarebbero generici e privi di un valore direttamente probatorio del danno da loro lamentato; in quanto tali, essi impedirebbero di considerare i ricorrenti “vittime” e inciderebbero sulla qualificazione della loro richiesta, riducendola ad un’*actio popularis*.

A sostegno dell’irricevibilità assumerebbe inoltre rilevanza, sempre a detta del Governo italiano, il fatto che la maggior parte dei ricorrenti risieda, o abbia risieduto, in comuni diversi da quello di Taranto, unico direttamente interessato dall’inquinamento dell’acciaieria. In tal senso, tuttavia, i giudici di Strasburgo, ricordano come lo stesso Consiglio dei Ministri italiano, con deliberazione del 30 maggio 1990, abbia espressamente classificato come “*ad alto rischio ambientale*”, in aggiunta al comune tarantino, altri comuni ad esso limitrofi interessati dalle emissioni nocive dello stabilimento<sup>8</sup>: il ricorso è, dunque, irricevibile soltanto per diciannove cittadini non residenti in uno dei suddetti comuni che non hanno, da parte loro, allegato prove tali da rendere necessaria la riformulazione dell’estensione dell’area interessata dall’inquinamento.

Ciò premesso, la Corte si premura di specificare che, in generale, il proprio sindacato non integra una modalità di protezione dell’ambiente in quanto tale, dal momento che il danno ambientale rileva nella giurisprudenza convenzionale soltanto se in grado di cagionare un effetto sfavorevole nella sfera personale, privata o familiare di una persona, *ex art. 8, comma 1, CEDU*.

In effetti, i numerosi studi scientifici ed epidemiologici allegati dalle parti e ordinati in apertura della sentenza dalla Corte dimostrano come, nel caso di specie, la presumibile incidenza dell’inquinamento sul benessere delle persone si sia tradotta in una effettiva maggiore vulnerabilità degli abitanti del comune tarantino, e non solo, nei confronti di diverse patologie. I rapporti SENTIERI dell’Istituto superiore di sanità del 2012 e del 2014 e ARPA del 2017, allegati dalle parti e richiamati dai giudici europei, hanno riconosciuto l’esistenza di un nesso di causalità tra l’attività dell’impianto siderurgico e la grave situazione sanitaria che coinvolge gli abitanti dei comuni suddetti e che comporta l’incremento, rispetto alla media regionale, dell’insorgenza di malattie oncologiche, cardiovascolari, respiratorie e digestive.

Ciò che i ricorrenti richiedono, dunque, come da loro stessi affermato in sede di replica all’ulteriore eccezione fatta valere dal Governo sul mancato e preliminare esperimento delle vie interne da parte di questi ultimi, non è una riparazione economica, ma l’adozione da parte delle autorità italiane di misure legislative e amministrative effettivamente dirette a proteggere il loro diritto alla salute e ad un ambiente salubre. D’altra parte, osserva la Corte, il risanamento delle zone inquinate, richiesto dai ricorrenti, è un obiettivo perseguito dalle autorità nazionali da più anni - come testimonia la copiosa decretazione d’urgenza cd. “salva Ilva”<sup>9</sup> - senza alcun successo, rispetto a cui non sembra rivestire una qualche utilità l’esperimento da parte dei cittadini di un’azione penale, civile o amministrativa.

---

<sup>7</sup> In senso critico, a proposito della “*twilight existence*” della Carta sociale Europea cfr. M. BELL, *The contribution of ESC and the EU to combating discrimination*, in G. DE BURCA, B. DE WITTE, *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, 261 ss; sull’iniziale recupero di tale Carta sociale europea nella giurisprudenza costituzionale italiana cfr. C. SALAZAR, *Lavorare stanca... ma licenziare costa. La sentenza n. 194 del 2018 della Consulta sul contratto a tutele crescenti*, in *Quad. cost.*, 2019, I, 179 ss.

<sup>8</sup> Si tratta dei comuni di Taranto, Crispiano, Massafra, Montemesola e Statte. Inoltre, con decreto del Ministero dell’Ambiente del 10 gennaio 2000, i comuni di Taranto e Statte erano stati introdotti nei SIN, siti di bonifica di interesse nazionale.

<sup>9</sup> Per una ricostruzione della legislazione “salva-Ilva” cfr. i paragrafi 31-81 della sentenza in esame.

Né può ritenersi fondata la tesi, avallata dal Governo, secondo cui i ricorrenti avrebbero dovuto, prima di adire la Corte di Strasburgo, sollevare questione di costituzionalità, considerato che nell'ordinamento italiano al singolo è precluso il ricorso diretto alla Corte costituzionale<sup>10</sup> come, forse non a caso nella pronuncia in commento viene sottolineato, la stessa Corte «ha indicato più volte».

A ciò si aggiunga che «in tale contesto» i giudici di Strasburgo ritengono non si possa «ignorare» l'immunità penale ed amministrativa prevista *ad hoc*, ex art. 2, comma 6, del d.l. 1/2015, che, nei fatti, sottrae all'eventuale sindacato della magistratura sia l'amministratore straordinario impegnato nell'attuazione delle misure previste dal piano ambientale, sia il futuro acquirente dell'impianto siderurgico.

Volgendo poi l'attenzione ai restanti motivi di inammissibilità dei ricorsi fatti valere dal Governo italiano, la Corte ritiene che il termine di sei mesi ex art. 35 CEDU, di cui è denunciato il mancato rispetto, non trovi applicazione nel caso di specie, poiché tale termine decorre dal momento della cessazione della violazione lamentata: eventualità evidentemente non verificatasi alla luce delle doglianze dei ricorrenti.

Da queste ultime e dai rapporti scientifici che certificano il collegamento tra l'inquinamento e la maggiore incidenza di alcune patologie negli abitanti delle zone “ad alto rischio ambientale”, non può ritenersi, come già preliminarmente contestato dalla Corte EDU al Governo, che i ricorsi abbiano un carattere meramente generico e che, dunque, il livello minimo di gravità dell'offesa, condizione imprescindibile di ricevibilità, non sia stato integrato.

Tale ricostruzione ci appare sicuramente un profilo, seppur processuale, di grande interesse, poiché basato su due condizioni: la prima, la connessione tra evento e danno; la seconda, la qualificazione del soggetto tutelato.

### 3. L'effettiva protezione dei diritti: le violazioni degli articoli 8 e 13 CEDU ed il mancato impiego della “sentenza pilota”.

Nel merito, ribadito che il danno ambientale non rileva in sé, ma soltanto laddove il rischio ecologico, da esso derivante, raggiunga un livello di intensità tale da incidere negativamente sul benessere e sulla qualità della vita dei ricorrenti, la Corte ritiene che, per gli Stati aderenti alla Convenzione, i vincoli scaturenti dall'art. 8 non si esprimano soltanto in «astensioni da ingerenze arbitrarie», ma anche in obblighi positivi atti ad assicurare un «rispetto effettivo della vita privata» dei ricorrenti. In ambedue i casi ciò che deve animare gli Stati è la ricerca del giusto equilibrio tra gli interessi concreti dei singoli, ai quali, ribadiscono i giudici di Strasburgo, spetta la «protezione effettiva» dai rischi scaturenti da un'attività pericolosa, e l'interesse generale della società<sup>11</sup>.

Un aspetto peculiare che preme segnalare è che, tuttavia, non spetta alla Corte determinare le misure che sarebbero state necessarie per evitare il protrarsi della situazione inquinante - il che sembra anticipare il mancato ricorso nel caso di specie alla sentenza pilota - ma, piuttosto, valutare il grado di diligenza delle autorità nazionali nel circoscrivere le situazioni che costringono alcuni individui a sopportare «pesanti oneri in nome dell'interesse della società».

In particolare, la Corte ritiene che si sia verificata una violazione dell'art. 8 CEDU: accertata, sulla base degli studi scientifici allegati dalle parti, l'esistenza di un nesso di causalità tra l'inquinamento

<sup>10</sup> In merito alla riflessione che da tempo anima la dottrina interna sulla necessità di introdurre, a determinate condizioni, un ricorso diretto alla Corte costituzionale posto a tutela dei diritti fondamentali cfr. R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, 2017, 28 ss.

<sup>11</sup> Per una ricognizione intorno all' art. 8 CEDU e alle sue potenzialità espansive cfr. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 297 ss.; U. KILKELLY, *The right to respect for private and family life. A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, [Human rights handbooks](#), 2003.

prodotto dall'impianto siderurgico e l'aumento della mortalità nella città di Taranto e nelle zone ad essa limitrofe, sia la mancata attuazione delle misure raccomandate nell'ambito dell'AIA, a partire dal 2012, sia la proroga del piano ambientale, approvato nel 2014, fino ad agosto 2023<sup>12</sup>, hanno infatti provocato un evidente rallentamento nel processo di risanamento ambientale. A tale dato si sommano il ricorso massiccio da parte del Governo alla decretazione d'urgenza, volto ad assicurare la produzione dell'attività siderurgica, in senso difforme dai numerosi provvedimenti dell'autorità giudiziaria adottati a tutela della salute dei cittadini e dei lavoratori; l'immunità penale ed amministrativa assicurata ai soggetti responsabili dell'esecuzione del piano ambientale; la situazione generale di incertezza causata dal dissesto finanziario della società e, infine, la possibilità per il futuro acquirente di prorogare l'attuazione del piano di risanamento.

Tali fattori hanno protratto, dunque, il rischio per la salute dei soggetti residenti nella zona "ad alto rischio ambientale", ai quali, nel frattempo, non è, per giunta, stato assicurato un adeguato livello di informazioni intorno all'attuazione delle misure destinate alle bonifiche.

Ne deriva che *ex art. 8 CEDU* il diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata risulta leso dalla mancata adozione, da parte delle autorità nazionali, di misure volte a garantire il giusto equilibrio tra l'interesse generale della società - che evidentemente, sulla scorta di quanto fino ad oggi realizzato dal Governo italiano, la Corte identifica con la prosecuzione dell'attività industriale - e la protezione effettiva del diritto dei ricorrenti al rispetto della vita privata.

Alla luce poi di quanto rilevato già in sede di ricevibilità circa l'inesistenza nell'ordinamento italiano di rimedi utili che permettano ai ricorrenti di far valere dinanzi alle autorità nazionali la mancata adozione, da parte del Governo, di misure atte a garantire il disinquinamento dell'area interessata dalle emissioni, la Corte ritiene conseguentemente che si sia verificata anche una violazione dell'art. 13 CEDU, posto a tutela del diritto interno ad un ricorso effettivo.

Tale argomento ha evidentemente, fin da subito, svolto una funzione ispiratrice per i giudici nazionali, se si considera che, solo pochi giorni dopo rispetto alla pronuncia in esame, il Tribunale ordinario di Taranto ha sollevato una nuova questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto due disposizioni del d.l. 1/2015, anch'esso afferente alla normativa cd. "salva-Ilva", ancora pendente dinanzi alla Corte costituzionale<sup>13</sup>. In particolare, il giudice *a quo* ritiene che l'immunità concessa all'amministratore straordinario e all'eventuale futuro acquirente *ex art. 2, comma 6, del d.l. 1/2015*, funga da scriminante speciale in grado di «*deresponsabilizzare*» determinati soggetti, non in ragione di una qualche meritevole esigenza di tutela della funzione da loro svolta, «*ma perché, rivestendo ruolo apicale o agendo su delega dei ruoli apicali*» questi ultimi «*vedrebbero a sé imputata l'attuazione del Piano e le scelte di gestione dello stabilimento*».

Una simile posizione di vantaggio lederebbe, dunque, tra i numerosi valori costituzionali richiamati dall'ordinanza di rinvio, anche il diritto ad un ricorso effettivo garantito, tramite l'art. 117 Cost., dall'art. 13 CEDU, «*privando i soggetti potenzialmente lesi della possibilità di ottenere in sede giurisdizionale la tutela dei loro diritti primari*».

Tuttavia, ci sembra di particolare interesse rilevare come, nonostante le violazioni accertate e consolidatesi nel tempo degli artt. 8 e 13 CEDU a danno dei ricorrenti, ma chiaramente suscettibili di

---

<sup>12</sup> Tale situazione ha condotto la Commissione Europea a emettere nel 2014, nell'ambito di un procedimento di infrazione, un parere motivato in cui chiede alle autorità italiane di rimediare ai gravi problemi di inquinamento causati dalle emissioni derivanti dalla produzione dell'acciaio; quest'ultima si è svolta, infatti, in violazione dei vincoli stabiliti dalla direttiva sulle emissioni industriali, direttiva 2010/75/UE, la cui osservanza era obbligo dello Stato italiano assicurare.

<sup>13</sup> Ordinanza 8 febbraio 2019 del Tribunale ordinario di Taranto consultabile al sito [Diritto Penale Contemporaneo](#), con nota di S. ZIRULIA, *Alla Corte costituzionale una nuova questione di legittimità della disciplina cd. "Salva Ilva"*, 14 febbraio 2019; cfr. altresì G. BATTARINO, *L'emergenza perenne Ilva di nuovo di fronte alla Corte costituzionale. Gli istituti speciali introdotti per l'Ilva ancora di fronte alla Corte costituzionale: quanto a lungo può durare un'emergenza che sospende la giurisdizione?* in [Questione Giustizia](#), 5 marzo 2019. Più in generale, in merito al dialogo tra Corte EDU, giudici comuni e Corte costituzionale cfr. G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Torino, 2017, 404 ss.

essere estese a tutti coloro che vivono o hanno vissuto nella zona interessata dalle emissioni dello stabilimento Ilva, la Corte rifiuta di fare ricorso alla procedura della “sentenza pilota” ex art. 46 CEDU.

In tal senso, appare dirimente, a differenza del cd. “caso Torreggiani”<sup>14</sup>, richiamato dalla stessa Corte, la circostanza per cui, pur essendo il risanamento del territorio di «*primaria importanza* e pur dovendo lo Stato dare esecuzione «*nel più breve tempo possibile*» al piano ambientale, la «*particolare complessità tecnica*» delle misure finalizzate alla bonifica pone queste ultime nella competenza delle autorità nazionali e rende superflua l’applicazione della procedura pilota.

Quanto stabilito dal Tribunale di Strasburgo in questa sede non è, tuttavia, meramente declaratorio restando, infatti, affidato alla sede politica, qual è quella del Comitato dei Ministri, il ruolo di indicare al Governo le misure praticamente adottabili per assicurare l’esecuzione della sentenza<sup>15</sup>.

Il che appare, in tale contingenza, condivisibile, tanto più che la necessità di rispondere alla violazione sistematica dei diritti fondamentali individuata dalla sentenza pilota nel caso Torreggiani, nonostante gli apprezzabili strumenti rimediali che da essa hanno tratto origine, quali, a titolo esemplificativo, l’azione per risarcimento ex art. 35-ter della legge sull’ordinamento penitenziario<sup>16</sup>, ha dato luogo, nei fatti, ad una successiva copiosa legislazione d’emergenza in materia carceraria che ha visto il Parlamento relegato in una posizione residuale e confermativa dell’operato del Governo.

D’altronde, a favore invece di un recupero del ruolo, se non propulsore, del Parlamento, quantomeno garante della qualità della normazione, si è espressa la Corte costituzionale, non a caso proprio nel caso Ilva con la [sentenza n. 58/2018](#)<sup>17</sup>. In tale occasione, infatti, la Corte è tornata a pronunciarsi dopo la [sentenza n. 85/2013](#)<sup>18</sup> sull’*affaire* che vede coinvolta l’acciaieria tarantina, accogliendo questa volta il ricorso del Tribunale ordinario di Taranto e dichiarando incostituzionale l’art. 3 del d. l. 92/2015. Sebbene il fulcro della decisione sia costituito dalla rinnovata attenzione posta ad alti valori costituzionali, quali, il diritto alla vita e alla salute *in primis*, la circostanza che la norma oggetto del giudizio fosse il risultato di un travagliato *iter* legislativo ha condotto la Consulta a soffermarsi anche sul procedimento di formazione della legge.

In seguito, infatti, ad un utilizzo tutt’altro che regolare della legge di conversione da parte del Parlamento, l’art. 3 del d. l. 92/2015 era stato, nelle more del giudizio di costituzionalità, contestualmente abrogato e reintrodotta dalla legge 132/2015, in sede di conversione di un altro decreto legge. L’insolito susseguirsi di disposizioni aveva garantito alla norma censurata di svolgere i propri effetti nell’ordinamento senza interruzioni, il che ha permesso alla Corte, alla luce della

---

<sup>14</sup> Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, *Torreggiani c. Italia*, in *Giust. pen.*, 2013, I, 142 ss., su cui v. i commenti di F. VIGANÓ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 gennaio 2013, e di P. ZICCHITTU, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quad. Cost.*, 2013, I, 161 ss.

<sup>15</sup> In particolare, per una ricostruzione delle tipologie delle decisioni adottate dalla Corte di Strasburgo e dei loro effetti sugli Stati e sul Comitato dei Ministri cfr. E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nell’Unione Europea*, Torino, 2018, 186 ss.

<sup>16</sup> In merito al seguito della sentenza Torreggiani, ai rimedi introdotti e al “protagonismo” del Governo in tale fase cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Poteri normativi del Governo e sovraffollamento carcerario*, in *Rivista AIC*, 2017, I.

<sup>17</sup> [Corte cost. sent. 23 marzo 2018, n. 58](#) con nota di R. ROMBOLI in *Foro it.*, 2018, I, 1073 ss., e commenti di G. AMENDOLA, *Ilva e il diritto alla salute. La Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Questione Giustizia*, 10 aprile 2018, e di S. FREGA, *L’Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)*, in questa *Rivista, Studi*, 2018/II, 468 ss.

<sup>18</sup> [Corte cost. sent. 9 maggio 2013, n. 85](#), con nota di R. ROMBOLI in *Foro it.*, 2013, I, 1073 ss., e commenti di M. BONI, *Le politiche pubbliche dell’emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in [Federalismi.it](#); 2014; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza “Ilva”*, in *Giur. cost.* 2013, 1505 ss.; S. GIULIANO, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento*, in *Accademia*; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente*, in *Rivista AIC*; D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, in *Giur. cost.*, 2013, 1494 ss.



«funzione servente e strumentale della disposizione rispetto alla norma»<sup>19</sup>, di estendere l'oggetto del proprio sindacato dalla disposizione originariamente impugnata a quella introdotta successivamente in sede di conversione e, più in generale, di ammonire il legislatore sulle ricadute negative che «l'uso anomalo della legge di conversione» ha «sulla chiarezza delle leggi e sull'intelligibilità dell'ordinamento».

In coerenza con la propria funzione di garanzia della legalità costituzionale<sup>20</sup>, la Corte sembra rivolgere al legislatore un implicito invito a conformarsi sempre ai parametri costituzionali che regolano la produzione normativa, tanto più in una sede, quale quella di conversione, che l'abuso della decretazione d'urgenza da parte del Governo - e la vicenda in esame ne è un chiaro esempio - ha privato dell'originaria residualità<sup>21</sup>.

#### 4. Verso un primato del diritto alla salute? Aperture e freni nel dialogo tra le Corti.

La sentenza *Cordella c. Italia* e l'obbligo positivo che da essa scaturisce per le autorità nazionali di adottare misure immediate atte all'effettiva protezione della salute dei ricorrenti sembrerebbe, dunque, inserirsi in un processo di valorizzazione del diritto alla salute di coloro che vivono nella città di Taranto e nelle zone ad essa limitrofe, avviato dalla Corte costituzionale con la ricordata [sentenza 58/2018](#), sulla cui concreta portata appare doveroso riflettere partendo dalla vicenda fattuale da cui la pronuncia ha tratto origine.

In seguito, infatti, al verificarsi di un infortunio mortale di un operaio investito da una fuoriuscita anomala di materiale incandescente, avvenuto in un altoforno dello stabilimento Ilva denominato "Afo2", la magistratura sottoponeva lo stesso ad un sequestro preventivo. Nel mentre, il Governo interveniva con il d.l. 92/2015, il cui articolo 3, oggetto del giudizio di costituzionalità, concedeva a quegli stabilimenti riconosciuti con decreto ministeriale di "interesse strategico nazionale"<sup>22</sup>, quale l'acciaieria tarantina, di proseguire nell'attività di produzione, seppur per il termine massimo di dodici mesi, in deroga alla misura cautelare adottata a garanzia della sicurezza dei lavoratori di cui, nei fatti, neutralizzava gli effetti.

Tuttavia, se l'"interesse strategico nazionale" del polo siderurgico tarantino è tale da giustificare la sospensione del sequestro preventivo e la prosecuzione dell'attività produttiva, l'ingerenza del

---

<sup>19</sup> La [sentenza n. 58/2018](#), cit., trae tale espressione da [Corte cost. 21 marzo 1996, n. 84](#), ss., annotata da R. ROMBOLI, *Il controllo dei decreti legge da parte della Corte costituzionale: un passo avanti ed uno indietro*, in *Foro it.*, 1996, I, 1113.

<sup>20</sup> Sul punto cfr. F. SORRENTINO, *Principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2016, III, 83 ss., per il quale, «in quest'ambiente costituzionale il principio di legalità non è, né deve essere espressione della volontà del detentore del potere, ma dell'ordinamento nel suo complesso (o, se si preferisce, delle norme in esso obiettivate). Diviene allora possibile parlare, contrariamente a quanto potrebbe in apparenza sembrare, di una legalità legale, ma anche di una legalità costituzionale, europea, internazionale, insomma della conformità di un atto o di un comportamento ai parametri normativi ordinamentali che lo riguardano».

<sup>21</sup> Da tale angolo visuale la [sentenza 58/2018](#) sembrerebbe collocarsi, allora, insieme alle sentenze [22/2012](#), [32/2014](#) e [154/2015](#) (annotate da R. ROMBOLI in *Foro it.*, rispettivamente, 2013, I, 795 ss., 2014, I, 1003 ss., e 2015, I, 2989 ss.) all'interno di un filone che, a partire dall'invito al Parlamento a rispettare il presupposto dell'omogeneità del decreto legge anche in sede di conversione dello stesso, a pena di incostituzionalità, *ex art. 77*, secondo comma, Cost., vede la Corte costituzionale porre in essere un sindacato sempre più rigoroso sul procedimento di formazione della legge.

<sup>22</sup> Il riconoscimento dell'*interesse strategico nazionale* dello stabilimento Ilva, ad avviso del G.I.P. rimettente, rende manifestamente infondati i dubbi del pubblico ministero circa la sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza, «trattandosi di questione comunque incidente sull'attività di uno stabilimento dichiarato dalla legge come di "interesse strategico nazionale", non risulta evidente il difetto di tali requisiti e dunque extra ordinem il ricorso del Governo allo strumento del decreto legge» (Tribunale di Taranto, ordinanza 14 luglio 2015, n. 67, punto 4.3.7).

Più in generale in merito alla problematicità dell'interesse strategico nazionale cfr. G. ARCONZO, *Note critiche sul "decreto legge ad Ilvam", tra legislazione procedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *DPC*, 2013, I, 20 ss.; in senso contrario cfr. M. MASSA, *Il commissariamento dell'ILVA: un nuovo capitolo nel diritto delle crisi industriali*, in *Quad. cost.*, 2013, III, 617 ss.

legislatore nell'attività della magistratura deve essere, a detta della Corte costituzionale, almeno, subordinata ad un «*ragionevole ed equilibrato bilanciamento dei valori costituzionali in gioco*».

La Corte conferma, dunque, la propria visione del bilanciamento quale unica tecnica capace di stemperare le tensioni tra situazioni antagoniste e valuta la ponderazione di interessi realizzata dall'art. 3 del d. l. 92/2015, alla luce della propria precedente [decisione n. 85/2013](#) sul medesimo caso.

Giova ricordare che, in quell'occasione, i giudici costituzionali rigettarono la questione di costituzionalità e ritennero ragionevole la disciplina contenuta nel d. l. 207/2012, cd. "decreto salva Ilva", nella misura in cui esso autorizzava la prosecuzione dell'attività di produzione industriale, nonostante il sequestro preventivo disposto dall'autorità giudiziaria, a condizione che fossero osservate le prescrizioni contenute nell'autorizzazione d'impatto ambientale (AIA), arricchita in sede di riesame, di un nuovo sistema di controlli e sanzioni<sup>23</sup>.

Nel caso oggetto del sindacato di costituzionalità di cui alla [sentenza n. 58/2018](#), il contemperamento di interessi, posto in essere dal Governo e confermato dal legislatore in sede di conversione, ha realizzato un irragionevole *favor* per la parte datoriale al punto da tradursi in un vizio di illegittimità costituzionale della norma impugnata: quest'ultima, infatti, subordina la prosecuzione dell'attività di impresa all'introduzione, anche provvisoria, di un piano aziendale da formulare nel termine di trenta giorni, dalla cui stesura vengono escluse autorità pubbliche quali l'INAIL o l'ASL, e nel mentre concede all'attività di impresa di svolgersi pur in assenza di «*misure immediate e tempestive atte a rimuovere prontamente la situazione di pericolo per l'incolumità dei lavoratori*».

Va sul punto segnalato come, a differenza di quanto deciso dalla Corte con la [sentenza n. 85/2013](#), la mancata predisposizione di *immediate* forme di tutela per il diritto alla vita e alla salute dei lavoratori impiegati nell'altoforno (le stesse di cui oggi la Corte EDU chiede alle autorità italiane l'adozione nel più breve tempo possibile a tutela dei ricorrenti e non solo) costituisce, per la Corte costituzionale, motivo di censura della norma impugnata.

In particolare, la perdurante presenza di elementi di pericolo per la salute, l'incolumità e la sicurezza dei lavoratori impedisce la prosecuzione dell'attività di impresa la quale, ricorda la Consulta, deve svolgersi in armonia con i principi costituzionali, dunque nel rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità della persona, così come espressamente previsto dall'art. 41 Cost. D'altronde, come osservato in dottrina<sup>24</sup>, laddove le norme di rango costituzionale in materia economica non si ispirano "a una logica autonoma e differenziata da quella che caratterizza l'intera Costituzione": ciò appare tanto più vero per l'art. 41 Cost., considerato sovente come "l'ancoraggio costituzionale del modo di produzione capitalistico"<sup>25</sup>, e che non a caso individua quale limite invalicabile dell'iniziativa economica privata la dignità umana, la stessa che, all'art. 3 Cost., seppur nella peculiare accezione di "pari dignità sociale", salda lo stato di diritto alla democrazia pluralista.

La parità, dunque, tra situazioni giuridiche costituzionalmente protette, sostenuta dalla Corte con la [sentenza n. 85/2013](#) e avallata anche nella [sentenza n. 58/2018](#), incontra un'eccezione in tutte quelle vicende, tra le quali si inserisce il cd. "caso Ilva", che vedano in posizioni antagoniste la libertà di iniziativa economica e il diritto alla salute, posto che a quest'ultimo sembrerebbe dover essere accordata una netta prevalenza.

A ben vedere, tuttavia, il processo avviato dalla Corte costituzionale di valorizzazione del diritto alla salute non rappresenta un tentativo di "riposizionamento" della fundamentalità dello stesso, né tantomeno introduce una qualche gerarchia tra i valori costituzionali; la libertà di iniziativa economica soccombe nel bilanciamento con il diritto alla salute dei lavoratori molto banalmente perché non è un

<sup>23</sup> Per una ricostruzione delle previsioni contenute nell'AIA e del peso assunto da tale provvedimento nella [sentenza 85/2013](#) della Corte costituzionale cfr. E. VIVALDI, *Il caso ILVA: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in [Federalismi.it](#), 2013, XV.

<sup>24</sup> Di tale avviso M. LUCIANI, *Economia del diritto costituzionale*, in *Dig. disc. publ.*, 1991, V, 373 ss.

<sup>25</sup> In tal senso cfr. M. LUCIANI, *Economia del diritto costituzionale*, cit., 379; G.U. RESCIGNO, *Costituzione italiana e stato borghese*, Roma, 1977, 15 ss., a giudizio del quale il sistema di produzione capitalistico avrebbe le sue radici costituzionali sia nell'art. 41 Cost. sia nell'art. 36 Cost., laddove «*prevede e disciplina la riproduzione della forza-lavoro*».

diritto fondamentale, almeno fin quando si aderisca all'idea che sono fondamentali solo quei diritti che svolgono una “*funzione unificante della comunità politica e integrante delle sue componenti*”<sup>26</sup>.

Nella circostanza in cui la Corte ritorni a sindacare la legittimità costituzionale di un decreto *ad Ilvam*, tale decisione non assicura che il diritto alla salute mantenga automaticamente la superiorità acquisita. Come già avvenuto nel 2013, laddove ad essere messo a rischio non fosse lo spegnimento di un singolo altoforno, ma la chiusura di tutti gli impianti, ne deriverebbe un'emergenza occupazionale in grado di ampliare i termini della diatriba e quindi i valori in gioco da bilanciare: dinanzi al diritto alla salute si porrebbe, infatti, non solo la libertà di iniziativa economica ma anche il diritto al lavoro, previsto all'art. 4 Cost., della cui natura di diritto fondamentale è difficile dubitare<sup>27</sup>. In tale eventualità al diritto alla salute non sarebbe riconosciuto alcun primato, se non la garanzia di essere proporzionalmente e ragionevolmente bilanciato con le esigenze di protezione dell'occupazione di cui all'art. 4 Cost., al fine di assicurare come ribadito dalla Corte in questa pronuncia, «*una tutela unitaria, sistemica e non frammentata di tutti gli interessi costituzionali implicati*».

In un'ottica di dialogo tra Corti, non stupisce allora che, nel caso *Cordella e altri c. Italia*, i giudici di Strasburgo abbiano deciso di esaminare le doglianze dei ricorrenti soltanto alla luce dell'art. 8 CEDU e non anche dell'art. 2 CEDU, la cui accertata lesione, considerato il rango accordato al diritto alla vita dalla Convenzione, avrebbe ridotto il margine di apprezzamento e dunque la discrezionalità di intervento delle autorità italiane, tanto più che, a differenza del caso *Di Sarno*<sup>28</sup>, il materiale scientifico di cui dispone la Corte EDU conduce ad affermare, come si è visto, l'esistenza di un nesso di causalità tra le attività inquinanti e l'incremento dell'insorgenza di patologie oncologiche, e non solo, nei residenti.

Il mancato impiego dell'art. 2 CEDU potrebbe, in effetti, trovare la propria *ratio* nell'impossibilità per la Corte di considerare il nesso di causalità, individuato nel caso in esame, come un nesso individuale e non come un “rischio diffuso” per la vita e per la salute dei ricorrenti, in quanto tale, difficilmente rilevante *ex art. 2 CEDU*<sup>29</sup>. Ancor più, tuttavia, non può non essere sottolineato, ci pare, come la riconduzione da parte della Corte delle richieste dei ricorrenti nell'alveo del solo art. 8 CEDU, sulla base di una libertà di qualificazione giuridica dei fatti da essa stessa rivendicata in apertura della pronuncia, abbia garantito ai giudici di Strasburgo un buon grado di elasticità nell'ammonire le autorità nazionali affinché pongano in essere misure effettivamente dirette alla protezione della salute e della vita dei cittadini nel più breve tempo possibile, perseguendo tuttavia “il giusto equilibrio”- del quale dunque, implicitamente, non si esclude l'eventuale raggiungimento - tra l'interesse generale della società e quello dei singoli individui.

Tale *modus operandi* della Corte di Strasburgo appare, peraltro, ancor più comprensibile se si considera, come ricordato in precedenza, il margine di apprezzamento solitamente riconosciuto agli Stati in materie come quella ambientale ed economica e la connessa assenza nel catalogo della Convenzione del diritto alla salute, l'unico al quale invece, la Costituzione italiana riserva l'attributo

<sup>26</sup> Su punto, in particolare sull'incapacità ontologica della libertà di iniziativa economica di prevalere su un diritto fondamentale nell'eventuale tensione con quest'ultimo cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 67 ss. Per l'A. la libertà di iniziativa economica costituisce «addirittura un ostacolo» per l'unità nazionale che invece deve essere garantita anche limitando le situazioni economiche di vantaggio.

<sup>27</sup> In particolare, sulla mancata valorizzazione dell'art. 41 Cost. quale parametro di costituzionalità nella sentenza [85/2013](#) e sul sospetto utilizzo “strumentale” dell'art. 4 Cost. in luogo della libertà di iniziativa economica nel bilanciamento con il diritto alla salute cfr. A. CIERVO, *Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della Corte Costituzionale sul caso Ilva*, in [Questione Giustizia](#), 2014, II, 135 ss.; D. PAMELIN, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi Ilva e Texaco-Chevron*, in [Costituzionalismo.it](#), 2017, II, 10 ss.; E. VIVALDI, *Il caso Ilva: la “tensione” tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, cit., 25.

<sup>28</sup> Corte Edu, 10 gennaio 2012, *Di Sarno e altri c. Italia*, in *Foro it.*, 2013, IV, 205 ss., con commento di V. CARDINALE, *Il caso Di Sarno e altri. contro Italia: riflessioni sul rapporto tra tutela dell'ambiente, diritto alla salute e gestione dei rifiuti*, in [Federalismi.it](#), 2013, I.

<sup>29</sup> Di tale avviso S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Ilva*, cit., 147 ss.

“fondamentale”, ma che, tuttavia, non ha condotto nemmeno la Corte costituzionale ad abbandonare un certa prudenza nel sindacato della vicenda Ilva.

Ciò che si attendeva dalla Corte costituzionale non era l’abbandono delle tecniche di ponderazione, inevitabili in un contesto del genere e tenuto conto dei valori in gioco, ma almeno, dinanzi all’ennesimo decreto cd. “salva Ilva”, l’ammissione dell’esistenza di una possibile gerarchia ontologica tra i diritti fondamentali<sup>30</sup> dettata dal primato della persona umana nel nostro ordinamento, in ragione della quale, a prescindere dalle contingenze, la condizione minima per svolgere una prestazione lavorativa non può che essere la sicurezza per la propria salute e la propria vita.

In assenza di tali affermazioni da parte della Corte, non si comprende come il legislatore possa ritenersi vincolato al rispetto del “nucleo irriducibile” del diritto alla salute al punto da sottrarlo, tanto quanto il procedimento di formazione delle leggi, alla propria discrezionalità; né come i giudici sovranazionali possano sentirsi legittimati a porre decisamente un freno ai «*pesanti oneri*» che «*in nome dell’interesse della società*» gravano, ad oggi, solo su alcuni individui.

---

<sup>30</sup> In tal senso, a titolo esemplificativo, cfr. G. BUCCI, *L’Ilva come laboratorio di uno Stato neo-corporativo tra conflitti di potere e disastri socio-ambientali*, in G. LUCHENA, V. TEOTONICO (a cura di), *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, Bari, 2015, 96 ss.; *contra* G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 141 ss.

**Antonio Ruggeri**  
**Appunti per uno studio su memoria e Costituzione\***

SOMMARIO: 1. Memoria storica e identità costituzionale. – 2. Memoria e pratiche istituzionali. – 2.1. Memoria e attività di normazione. – 2.2. Memoria e attività giurisdizionali (e amministrative). – 2.3. La memoria quale oggetto delle pratiche di diritto (in specie, le leggi fatte “per ricordare” e le leggi fatte “per dimenticare”). – 3. Il diritto-dovere di verità storica nell’operato delle istituzioni e i casi in cui la scienza non è in grado di consegnare conoscenze largamente condivise, restando quindi demandato al legislatore imporre una *memoria normativa* in luogo di quella *scientifica*. – 4. Memoria e dignità, ovverosia quando la prima si pone in funzione servente della seconda e quando invece la offende. – 5. Una succinta notazione finale a riguardo della crisi della memoria come crisi culturale, delle sue più salienti espressioni, dei suoi possibili rimedi.

### 1. Memoria storica e identità costituzionale

È un dato di comune esperienza quello per cui non v’è pensiero o azione che possa fare a meno della memoria: vale fuori dell’ambito del diritto e vale dunque anche all’interno di questo. Plurime, nondimeno, possono esserne le manifestazioni e plurimi altresì gli effetti che ad esse conseguono, sì da rendersi assai problematico, comunque disagevole, tentarne una prima e seppur approssimativa catalogazione.

Mi riprometto qui di avviare uno studio volto a porre in evidenza alcuni profili dai quali si può cogliere il rilievo della memoria nella esperienza giuridica, riguardata dallo specifico angolo visuale del diritto costituzionale, fermando in particolare l’attenzione sui dati che ne consentono la emersione con maggiore evidenza. A questo fine, ambienterò la mia analisi a più piani, tentando di mettere in chiaro per ciascuno di essi il ruolo che la memoria è in grado di esercitare, tracciando il verso o l’orientamento delle più salienti esperienze.

Al primo piano viene a prendere forma il rapporto tra la memoria storica e l’identità costituzionale.

Muovo al riguardo da un dato che può considerarsi ormai teoricamente acquisito; ed è che la Costituzione nella sua interezza (e, specialmente, nella sua essenza) è memoria, memoria storica fattasi appunto diritto costituzionale nella sua prima, più genuina e qualificante espressione. È memoria di un passato ripudiato, col quale si è inteso voltare pagina, e, allo stesso tempo, è la base su cui edificare il futuro di una società profondamente rinnovata nella sua stessa struttura portante.

Per quest’aspetto, ogni Costituzione è (e non può che essere) bilancio e programma allo stesso tempo, non è mai solo l’una ovvero l’altra cosa, come pure con eccessivo schematismo e ingenua semplificazione un tempo si riteneva. Il programma, d’altro canto, non può che nascere dal bilancio, dalla consapevolezza appunto che ciò che è stato non abbia più a ripetersi<sup>1</sup>. Perciò, l’orientamento

---

\* Destinato anche agli *Scritti in onore di F. Pizzetti* e ad un volume su *Memoria versus oblio*, a cura di M. Bianca.

<sup>1</sup> Uno speciale rilievo va al riguardo assegnato alla XII disposizione trans. e fin. della nostra Carta costituzionale che – come si sa – fa divieto di ricostituzione “sotto qualsiasi forma” del disciolto partito fascista: una disposizione la cui valenza è da alcuni sottostimata, da altri stranamente e pericolosamente dimenticata, sulla quale invece la memoria dovrebbe restare costantemente e in modo vigile puntata [in tema, di recente, G.E. VIGEVANI, *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, in [mediaLAWS](#), 1/2019, 11 dicembre 2018; giustamente deplorata, poi, da una sensibile dottrina (P. CARETTI, *A ottant’anni dalle leggi razziali: non solo memoria*, in *Lo Stato*, 10/2018, 31 ss.) la scarsa attenzione mostrata nell’ottantesimo anniversario del varo delle leggi razziali; ma v., ora, AA.VV., *L’Italia a 80 anni dalle leggi antiebraiche e a 70 dalla Costituzione*, a cura di M. Perini, Pacini, Pisa 2019]. Purtroppo, proprio la storiografia più accreditata, per una singolare eterogeneità del fine, può far correre rischi assai gravi: mettendo infatti a fuoco i connotati peculiari dell’esperienza fascista, può venire naturale evidenziarne gli elementi differenziali rispetto ad esperienze successivamente maturate, con specifico riferimento ad alcune di esse che nel tempo presente tendono, sia pure ancora in forma embrionale, a manifestarsi. Eppure, la storia c’insegna che, proprio quando la guardia si abbassa e la vigilanza si appanna, lì si fa assai elevato il rischio della deriva autoritaria (da una prospettiva di ordine generale, sulla memoria come rimedio contro il male, v., almeno, T. TODOROV, *Memory as Remedy for Evil*, in *Journ. Int. Criminal Justice*, 7/2009, 447 ss., con riferimenti alle esperienze di alcuni Paesi).

Altra questione, alla quale non può ora riservarsi neppure un cenno, è se l’ordinamento debba difendersi dai rigurgiti dell’autoritarismo sanzionando penalmente opinioni che lo esaltano [sull’annosa questione, di recente e per tutti, D. PICCIONE, *L’espressione del pensiero ostile alla democrazia, tra diritto penale dell’emotività e psicologia collettiva*, in

complessivo che viene dal programma non può centrare l'obiettivo che quest'ultimo si prefigge senza il sostegno assicurato dalla costante, ininterrotta memoria del passato, la quale essa pure concorre – come si vede – a tracciare il verso per la realizzazione del programma, non soltanto a darvi la spinta iniziale ma, al pari del motore di una macchina, col suo restare sempre acceso, a far sì che la macchina stessa proceda senza sosta e in modo lineare lungo la via per essa stabilita.

La memoria storica poi – com'è chiaro – abbraccia e comprende non soltanto il passato col quale si è inteso definitivamente chiudere ma anche quello che ha determinato siffatta chiusura, vale a dire il fatto costituente che ha portato, dapprima, all'abbattimento del vecchio ordine costituzionale e, di poi, alla posizione delle basi su cui edificare il nuovo.

Esemplare e commovente allo stesso tempo la limpida lezione, morale storica giuridica, impartita da Piero Calamandrei agli studenti universitari milanesi nel 1955, nella quale – come si sa – si indica la via per cogliere il senso profondo, complessivo della Carta repubblicana, la sua ragion d'essere, la sua identità, che nessuno meglio di coloro che hanno fatto la Resistenza è in grado d'illustrare a quanti hanno avuto la fortuna di venire alla luce e di crescere una volta tornata la quiete istituzionale con l'avvento della Repubblica.

La memoria storica si fa così Costituzione e poi teoria costituzionale, ponendosi quale punto di riferimento per il riconoscimento e la messa a fuoco dei principi fondamentali<sup>2</sup>, nei quali – per diffuso e radicato sentire – si rinviene la maggiore espressione dell'identità suddetta, punto di riferimento dunque per l'apprezzamento dei fatti di continuità come pure di quelli di discontinuità costituzionale. Sono infatti i principi a dare voce nel modo più diretto ed immediato ai valori fondamentali in nome dei quali è stata condotta la battaglia vittoriosa contro il vecchio regime, riassumendo in sé e mirabilmente esprimendo tanto ciò che non più si voleva quanto ciò che invece si voleva (e si vuole).

Allo stesso tempo, è sempre la memoria del passato a dar modo di stabilire, una volta riconosciuti i principi fondamentali, quali innovazioni della Carta costituzionale, nelle forme dalla stessa prescritte come pure per via di fatto (e, segnatamente, per via d'interpretazione<sup>3</sup>), possono porsi in rottura rispetto ai principi stessi o, all'opposto, determinarne la ulteriore espansione e l'ancora più saldo radicamento nell'esperienza<sup>4</sup>. Gli stessi principi – come si è tentato di mostrare in altri luoghi<sup>5</sup> – non si sottraggono, a mia opinione, al loro eventuale aggiornamento, sempre che, beninteso, quest'ultimo si ponga nel segno della loro promozione e valorizzazione, non già in quello dell'impoverimento, fino al punto del sostanziale smarrimento.

La storia – com'è chiaro – conosce momenti confusi ed altri chiari, alle volte tristemente chiari e dolorosi, nel corso dei quali al corpo sociale sono state inferte ferite non rimarginate, proprio perché a tenerle sempre aperte è la memoria dei fatti trasmessa e tenuta viva dalla storia. Non si contesta, ovviamente, che la verità storica possa, in relazione a taluni fatti, presentarsi incerta e controversa,

---

[mediaLAWS](#), 3/2018, 11 ottobre 2018, e, nella stessa [Rivista](#), D. PULITANÒ, *Legge penale, fascismo, pensiero ostile*, 1/2019, 20 dicembre 2018].

<sup>2</sup> Un riconoscimento che è assai più disagiata e complesso di quanto a prima impressione si pensi, sol che si ammetta il carattere comunque relativo e non risolutivo del criterio dell'autoqualificazione e il bisogno perciò di andare oltre la lettera degli enunciati, nell'intento di cogliere ed apprezzare la consistenza delle basi portanti dell'ordinamento.

<sup>3</sup> Rilevano al riguardo le c.d. modifiche tacite della Costituzione che – come si viene dicendo – si fanno riconoscere senza soverchie incertezze di lettura proprio facendo saldo affidamento alla memoria storica (in tema, di recente, M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 231 ss.; pure *ivi*, se si vuole, il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 415 ss.).

<sup>4</sup> Secondo la tesi argomentata da un'accreditata dottrina (G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206), le sole revisioni della Costituzione non consentite sono quelle a finalità di "restaurazione"; dal mio canto, mi sono sforzato di argomentare in altri luoghi che le innovazioni per via legale alla Carta si giustificano non soltanto laddove risulti provata la finalità suddetta ma si diano ragionevoli aspettative che le nuove disposizioni possano servire ancora meglio delle vecchie i principi fondamentali dell'ordinamento, concorrendo alla loro ulteriore implementazione ed affermazione nell'esperienza (v., da ultimo, il mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., 367 ss.). Ad ogni buon conto, è chiaro che è proprio la memoria storica a consentire di far luogo in modo adeguato a siffatti raffronti e, soprattutto, a mettere a nudo e denunciare le innovazioni che, sia pure abilmente e subdolamente mascherate, puntino a segare le basi portanti dell'edificio costituzionale.

<sup>5</sup> V. ancora il mio scritto da ultimo richiamato.

alle volte purtroppo destinata a non venire mai alla luce (come in relazione a taluni episodi sui quali non s'è mai riuscito a fare chiarezza); altri fatti, tuttavia, come le camere a gas nei campi di concentramento nazisti, non sono oggettivamente suscettibili di essere messi in discussione<sup>6</sup>.

La disciplina legislativa del negazionismo, per quest'aspetto, risponde ad un duplice fine, ponendosi, per un verso, a presidio dell'etica pubblica repubblicana e a salvaguardia dell'onore di coloro che si sono battuti perché la stessa potesse farsi nuovo diritto costituzionale. Possiamo, dunque, dire che essa si pone in funzione servente nei riguardi della memoria individuale e collettiva avverso il *vulnus* recato da quanti hanno dato (e danno) una rappresentazione deformata o carente dei fatti accaduti in una temperie storica particolarmente sofferta e, allo stesso tempo, a sostegno e promozione dei valori fondanti l'ordinamento repubblicano, in vista del loro sempre più saldo radicamento nel corpo sociale.

## 2. Memoria e pratiche istituzionali

Il secondo piano al quale va ambientato lo studio è quello in cui prende variamente forma e si svolge il rapporto tra la memoria e le pratiche istituzionali in genere.

Qui, la memoria si dispone e si fa apprezzare ora come presupposto ed ora come oggetto dell'esercizio di pubbliche funzioni.

### 2.1. Memoria e attività di normazione

Si consideri, innanzi tutto, il ruolo dalla stessa esercitato in occasione dell'adozione degli atti di normazione, un ruolo che si articola e manifesta in plurime forme e con varietà di effetti.

In primo luogo, è grazie alla memoria storica che si ha modo di stabilire i confini del campo della "materia" costituzionale, la quale poi è soggetta ad un moto interno incessante che porta ad equilibri sempre nuovi o rinnovati tra gli elementi che ne fanno la struttura, sollecitando pertanto la produzione di atti idonei a darne la rappresentazione, la più adeguata alle complessive esigenze di contesto.

Non è di qui tornare ad interrogarsi se occorra, come a me pare, mantenere saldo il principio della corrispondenza tra materia e forma costituzionale, la seconda dovendo assecondare e rispecchiare la prima nei suoi svolgimenti storico-istituzionali apprestandone la prima ed essenziale disciplina, ovvero se possa darsi una regolazione "a prima battuta" con legge comune di tratti nuovi presentati col tempo dalla materia stessa<sup>7</sup>. Piuttosto, occorre chiedersi quali debbano essere i punti di riferimento idonei a mettere a fuoco i tratti in parola. È chiaro infatti che occasionali esperienze venute alla luce nella crosta del tessuto istituzionale della Repubblica non possono considerarsi espressive della "materia" stessa, le cui radici di contro affondano nel cuore del corpo sociale, ramificandosi quindi in seno a quest'ultimo e pervadendolo in ogni sua parte.

Il diritto in genere e il diritto costituzionale in ispecie – secondo un insegnamento risalente alla tradizione romanistica, del quale si è fatto interprete il fondatore della scienza giuspubblicistica in Italia e che ancora oggi gode dell'avallo di autorevoli studiosi<sup>8</sup> – è "disvelamento" della materia

---

<sup>6</sup> In tema, tra gli altri, L. SCAFFARDI, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padova 2009; AA.VV., *Riparare, Risarcire, Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, a cura di G. Resta e V. Zencovich, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; D. BIFULCO, *Negare l'evidenza. Diritto e storia di fronte alla "menzogna di Auschwitz"*, FrancoAngeli, Milano 2012; O. POLLICINO, *Il negazionismo nel diritto comparato: profili ricostruttivi*, in *Dir. um. dir. int.*, 5/2011, 85 ss.; G.E. VIGEVANI, *Radici della Costituzione e repressione della negazione della Shoah*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 12 dicembre 2014.

<sup>7</sup> Riferimenti nel mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 12 dicembre 2017.

<sup>8</sup> Si è di recente fatto il punto sul magistero orlandiano nell'ampio studio di V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari 2018; nella dottrina di oggi esso, per il profilo ora evocato nel testo, è riproposto con originali sviluppi, part., da P. GROSSI, *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 3/2016, 816, e, dello stesso, più di recente, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017;

suddetta; ed è chiaro che indice eloquente della sua consistenza è dato da *consuetudini culturali* di riconoscimento diffuse nella società ed espressive di linee di tendenza e di sviluppo istituzionali saldamente radicate in quest'ultima. Per quest'aspetto, può dirsi che la disciplina della materia costituzionale, quale che sia la forma giuridica di cui si rivesta, è razionalizzazione della memoria storico-istituzionale.

Il riferimento alle consuetudini in parola torna, poi, prezioso specificamente allo scopo di cogliere ed appagare i nuovi diritti fondamentali, il cui riconoscimento costituisce – come si sa – l'essenza stessa di una Costituzione di tradizioni liberali<sup>9</sup>.

Ancora una volta, così come per i principi fondamentali, anche i diritti in parola solo facendo richiamo alle origini della Repubblica e ponendosi rispetto ad esse in linea di continuità e di sviluppo possono aspirare ad essere, come si deve, fatti oggetto di adeguata disciplina<sup>10</sup>. La memoria, dunque, illumina il presente, lo disvela, spiana il terreno per la sua opportuna regolazione normativa, per un verso, e, per un altro verso, per l'adeguata tutela in via giurisdizionale<sup>11</sup>.

È poi di tutta evidenza, sì da non richiedersi qui più di un cenno, il ruolo svolto dalla memoria nelle pratiche in genere di normazione, in ispecie al fine del disvelamento del diritto vigente e in vista delle innovazioni ad esso ritenute necessarie. Un ruolo che è di prima grandezza laddove si tratti di portare alla luce norme non scritte, in relazione alle quali ancora una volta prezioso è il riferimento a consuetudini culturali di riconoscimento della loro esistenza<sup>12</sup>, ovvero di mettere a fuoco le stesse norme scritte, in sede di raffronto tra diritto vigente e diritto vivente.

## 2.2. Memoria e attività giurisdizionali (e amministrative)

Qui, il piano della normazione s'interseca con quello della giurisdizione; è, infatti, di tutta evidenza il ruolo giocato dalla seconda al fine della incessante messa a punto semantica e della implementazione della prima, anche se quest'ultima dispone ovviamente di altri indici rivelatori dei suoi connotati e della loro complessiva consistenza, il cui congruo utilizzo peraltro richiede sovente di far capo a discipline diverse da quelle di diritto (dalla sociologia alla statistica, l'economia, ecc.) dalle quali possono venire preziose indicazioni circa il modo complessivo con cui la normazione s'invera ed afferma nell'esperienza.

La giurisdizione, al pari per questo verso dell'amministrazione con la quale – secondo un'accreditata rappresentazione teorica – condivide, come si sa, l'attributo della *legis executio* (in lata accezione)<sup>13</sup>, rende testimonianza di memoria della normazione e, allo stesso tempo, offre non di rado

---

sul pensiero di G., v. O. ROSELLI, *L'invenzione del diritto (Considerazioni a margine di un recente libro di Paolo Grossi)*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 1/2018, 23 marzo 2018.

<sup>9</sup> Scontato è qui il riferimento alla ormai classica definizione di Costituzione che è nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. I non pochi e rilevanti problemi posti dal riconoscimento dei nuovi diritti sono stati fatti oggetto di un interessante confronto in occasione del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Cassino il 10 e 11 giugno 2016 su *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

<sup>10</sup> ... la quale, poi, ancora una volta, richiede, a mia opinione, di aversi "a prima battuta" con legge costituzionale. Nell'esperienza, di contro, come si sa, si fa ricorso a leggi comuni (peraltro, solo in relazione ad alcuni diritti e, comunque, solo in parte, con gravi e non rimosse carenze) e, soprattutto, ad interventi in via "sussidiaria" dei giudici (nazionali e non, comuni e costituzionali). La qual cosa è foriera di incertezze e squilibri, gravidi di implicazioni a più piani di esperienza, dei quali nondimeno non può ora dirsi.

<sup>11</sup> A mio modo di vedere, la *tutela* dei diritti fondamentali da parte dei giudici dovrebbe conseguire al previo *riconoscimento* degli stessi da parte della legge. Come si diceva un momento fa, la circostanza per cui quest'ordine, non meramente temporale, non venga rispettato non rimane senza conseguenze per i diritti stessi.

<sup>12</sup> ... le quali poi, nel caso delle consuetudini quali fonti del diritto, fanno tutt'uno con queste, la normazione infatti prendendo forma ed esprimendosi a mezzo di pratiche culturali diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale.

<sup>13</sup> In realtà, sui concetti di "esecuzione" o, come altri [v., part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [Rivista AIC](#) 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché, ora, *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della Costituzione"*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss.] preferisce dire, "applicazione" del diritto da parte dei giudici e, con peculiarità di ruolo e di effetti, degli amministratori dovrebbero



elementi utili al fine del suo aggiornamento e indicazioni circa le discipline poste in essere “a prima battuta” dai giudici (segnatamente, laddove i giudici suppliscano ad originarie carenze della legislazione, facendo leva, perlomeno fin dove è possibile<sup>14</sup>, sull’*applicazione* diretta – *rectius*, sull’*attuazione* – dei principi, dai quali sono estratte, sovente con molta libertà, le regole giudicate buone per i singoli casi)<sup>15</sup>.

Uno speciale rilievo va poi dato al modo di operare della memoria nell’esercizio della funzione giurisdizionale, specificamente laddove si indirizza verso pratiche anteriori della stessa, bisognose di essere tenute in particolare conto ogni qual volta il medesimo caso torni a ripresentarsi in un tempo successivo coi medesimi connotati oggettivi complessivi. Ferma infatti la “situazione normativa” di partenza, nel *mix* degli elementi fattuali e normativi che la compongono<sup>16</sup>, la fedeltà al precedente s’impone, appunto quale fattore di riconoscimento e salvaguardia della “giurisdizionalità” della giurisdizione<sup>17</sup>. Un operatore di giustizia che dovesse trattare il medesimo caso (in senso oggettivo) in modi sostanzialmente diversi finirebbe col rinnegare se stesso, per il fatto di rendere imprevedibile il proprio operato e, dunque, foriero di gravi incertezze.

L’idea mitica e risalente della certezza del diritto è stata – come si sa – da tempo fatta oggetto di critico ripensamento con varietà di argomenti e di accenti<sup>18</sup>. Nello stesso ambito in cui maturano le esperienze di giustizia è dato riscontrare che anche istituti pensati in funzione della salvaguardia della certezza del diritto possono trovarsi obbligati, per effetto di operazioni di bilanciamento, a ripiegare ed a far posto alla certezza dei diritti (e, perciò, in buona sostanza, alla effettività della loro tutela)<sup>19</sup>.

---

farsi non poche precisazioni, di cui nondimeno è altra la sede, specie laddove si convenga che, a seconda della struttura nomologica degli enunciati espressivi di norme (e, dunque, per traslato, di queste ultime), gli operatori dispongono di margini ora più ora meno consistenti di apprezzamento, al punto che, perlomeno in alcuni casi (e, segnatamente, con riferimento a norme di principio), appare essere preferibile – come si è tentato di mostrare altrove – discorrere non già di una mera “applicazione” bensì di una “attuazione” delle norme stesse.

<sup>14</sup> ... e, però, alle volte, portandosi anche oltre la soglia davanti alla quale la giurisdizione dovrebbe arrestarsi, volendo restare fedele alla propria funzione. Non è, ad ogni buon conto, di qui approfondire la questione delle torsioni dei ruoli istituzionali, di cui – come si sa – si ha riscontro a tutto campo (basti solo pensare, oltre ai casi di cattivo uso degli strumenti di cui la giurisdizione dispone, alle leggi che invadono il campo riservato ai giudici).

<sup>15</sup> Non poche volte, poi, la legislazione si pone quale sostanziale razionalizzazione di orientamenti giurisprudenziali dapprima affermatasi anche con carattere di rilevante innovatività rispetto al diritto previgente, seppur mascherati sotto forma di originali esiti interpretativi dello stesso. Basti solo pensare al riguardo agli usi assai vari e non di rado incisivi che si fa della tecnica della interpretazione conforme che non poche volte si risolve nella sostanziale riscrittura dei testi. Naturalmente, può anche darsi il caso di una legislazione che si ponga in funzione oppositiva o, come che sia, correttiva di indirizzi affermatasi nella pratica giuridica (specie giurisprudenziale, appunto), pur esponendosi poi al rischio della ulteriore manipolazione da parte di operatori che non la gradiscano.

Sta di fatto che, in un caso e nell’altro, la memoria gioca – com’è chiaro – un ruolo di prima grandezza.

<sup>16</sup> In questi termini se n’è in più luoghi discorso (ancora da ultimo, in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>6</sup>, Giappichelli, Torino 2019, 101 ss.) con specifico riferimento all’oggetto del giudizio di costituzionalità su leggi ed atti aventi forza di legge; come si vede, questa categoria teorica è ora fatta espandere e riferita altresì ai giudizi in genere (in specie, a quelli comuni).

<sup>17</sup> Per altro verso, il rispetto di questo canone agevola quel ravvicinamento tra *common* e *civil law* che è da tempo in atto e fatto oggetto di plurime sistemazioni teoriche, al cui ulteriore avanzamento una spinta non da poco è venuta (e viene) per mano delle Corti europee, i cui orientamenti giurisprudenziali vistosamente risentono della loro composizione multiculturale, esprimendo una significativa capacità di vincolo nei riguardi dei giudici nazionali e concorrendo dunque alla convergenza degli indirizzi dagli stessi formati.

<sup>18</sup> Utili indicazioni si sono di recente avute da C. CAMARDI, *Certezza e incertezza del diritto nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2017; G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 517 ss.; AA.VV., *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, a cura di A. Apostoli e M. Gorlani, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di “teoria generale del diritto”*, Pacini Giuridica, Pisa 2019, spec. 146 ss.

<sup>19</sup> Si pensi, ad es., ai casi di superamento del giudicato conseguente all’adozione di pronunzie della Corte europea, considerato dalla giurisprudenza costituzionale possibile tanto per la materia penale ([sent. n. 113 del 2011](#)) quanto, sia pure in alternativa ad altri rimedi, per quella civile ed amministrativa ([sent. n. 123 del 2017](#) e succ.). Ciò che, nondimeno, può aversi unicamente alla condizione che la salvaguardia apprestata dal giudice non nazionale ai beni della vita in gioco sia ritenuta maggiormente adeguata di quella apprestata in ambito nazionale [in generale, sul principio della massimizzazione della tutela e sui non pochi problemi che esso pone, specie per ciò che concerne la individuazione dei criteri e delle sedi istituzionali in cui può aversene l’adeguato riscontro, v., tra gli altri, A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. 222 ss., ma *passim*; R. ROMBOLI, [La influenza della Cedu e della](#)

Tutto ciò posto, non può tuttavia negarsi che proprio nella prevedibilità del giudizio riposi uno dei tratti più genuinamente espressivi ed identificanti della giurisdizione, ciò che appunto la distingue dall'attività politica (nella sua ristretta e propria accezione). Il decisore politico può, infatti, volendo, cancellare dalla lavagna tutto ciò che era stato scritto prima e, se del caso, sostituirlo con altro (facendo pertanto luogo ad abrogazione “secca” del diritto previgente ovvero alla sua, ora maggiore ora minore per consistenza, innovazione). Ha insomma campo libero, incontrando quale unico limite alla sua azione il rispetto di parametri superiori allo strumento di normazione di volta in volta posto in essere e, in ultima istanza, della ragionevolezza<sup>20</sup>. Non così, invece, il giudice (e, con non lievi peculiarità, l'amministratore<sup>21</sup>), il quale proprio nella fedeltà al precedente (in contesti rimasti oggettivamente immutati) ha uno dei punti più saldi e qualificanti ai quali far capo e dai quali tenersi al fine del mantenimento della propria natura.

Si ha così conferma del fatto che è proprio grazie alla memoria del proprio passato che la giurisdizione può rilegittimarsi senza sosta, rendendo allo stesso tempo testimonianza di quella fedeltà alla Repubblica di cui tutti gli operatori devono farsi interpreti e, sia pure nella tipicità dei ruoli e delle responsabilità, garanti<sup>22</sup>.

### 2.3. *La memoria quale oggetto delle pratiche di diritto (in ispecie, le leggi fatte “per ricordare” e le leggi fatte “per dimenticare”)*

La memoria, poi, come si diceva, non si pone solo quale presupposto dell'esercizio delle pubbliche funzioni ma può costituirne oggetto e fine allo stesso tempo. L'esempio forse più lampante è dato dalle c.d. leggi “memoriali”, delle quali si è fatto un uso francamente eccessivo<sup>23</sup>, col rischio quindi di pervenire ad un effetto *boomerang*, vale a dire allo svilimento della categoria e della relativa funzione. L'obiettivo delle stesse non è – com'è chiaro – unicamente quello della trasmissione del ricordo del fatto storico in sé ma anche, attraverso di esso, dell'esercizio di un ruolo di orientamento verso i valori che stanno a base dell'ordinamento repubblicano e perciò di rafforzamento dell'adesione

---

*giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in questa *Rivista, Studi*, 2018/III, 626 ss.; S. CURRELLI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 60 ss.; D. TRABUCCO, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali-astratti a garanzia della superiorità della Costituzione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018, 31 dicembre 2018, spec. 10 ss.; riserve sulla operatività del principio in parola sono manifestate da M. NISTICÒ, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 272 ss. Sulla vocazione espansiva dei diritti, v., inoltre, G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in AA.VV., *Immagine la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi, FrancoAngeli, Milano 2018, 97 ss., spec. 114 ss.; in senso critico, invece, *ivi*, R. BIN, *70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto*, 170 ss., del quale v. anche *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*, e, ora, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Diritto Costituzionale*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019; pure *ivi* mi sono sforzato di difendere il principio in parola, alla cui osservanza il giudice è soggetto, in quanto fatto proprio esplicitamente dalla CEDU e dalla Carta di Nizza-Strasburgo e, implicitamente, dalla Costituzione. V., infine, il mio *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019, 1 giugno 2019, spec. al § 4].

<sup>20</sup> ... che, nondimeno, appare essere un canone o una tecnica, a seconda dei punti di vista, estremamente appannato l'uno e scivolosa l'altra, restando poi da verificare se davvero si faccia, nei singoli casi, un uso... *ragionevole* della ragionevolezza.

<sup>21</sup> In realtà, anche con riguardo a quest'ultimo dovrebbe farsi luogo a non secondarie precisazioni circa il grado o l'intensità dell'apprezzamento discrezionale di cui dispone, a seconda della posizione rivestita in seno all'organizzazione, all'attività che di volta in volta è chiamato a svolgere, alla natura e al modo di essere della normazione cui è chiamato a prestare rispetto (specie per ciò che attiene alla conformazione della sua struttura, fatta a maglie ora più ed ora meno larghe), ecc.

<sup>22</sup> In tema, di recente e per tutti, acuti svolgimenti teorico-ricostruttivi in A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

<sup>23</sup> Secondo un dato riferito da A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, FrancoAngeli, Milano 2018, 143 ss., sarebbero – a quanto pare – circa centotrenta. In tema, v. part. il saggio di A. PUGIOTTO, *Quando (e perché) la memoria si fa legge*, in *Quad. cost.*, 1/2009, 7 ss.

individuale e collettiva agli stessi. Un ruolo, questo, che può essere esercitato al meglio selezionando i fatti da ricordare, rimarcandone il significato, il carattere eccezionale rispetto alla normalità della esistenza quotidiana e al fisiologico svolgimento delle relazioni sociali ed istituzionali. L'affollamento delle date da ricordare distoglie, infatti, dal focalizzare l'attenzione e dal tenere costantemente elevata la tensione morale sui fatti dalle stesse evocati. D'altronde, è ciò che si ha anche con riferimento ai diritti fondamentali, in ispecie ai nuovi, costituzionalmente innominati. Laddove ogni bisogno individuale o collettivo dovesse ambire ad essere riconosciuto quale diritto fondamentale, l'intera categoria fatalmente perderebbe o vedrebbe comunque impoverito il proprio pregio, il tratto immediatamente espressivo e qualificante, con grave pregiudizio peraltro per i veri diritti fondamentali (a partire dai vecchi, dalle solide tradizioni storico-positive), obbligati a soggiacere ad operazioni di bilanciamento con i nuovi, alcuni dei quali però inidonei a fregiarsi del titolo che per sé rivendicano.

Sta di fatto che la scelta circa gli eventi da fare oggetto di disciplina positiva a finalità di memoria compete pur sempre agli organi della direzione politica, pur non sottraendosi, in linea di principio, a sindacato di costituzionalità (*sub specie* della ragionevolezza), un sindacato che, per un verso, dovrebbe appuntarsi sulla verità storica dell'evento regolato e, quindi, sulla meritevolezza della disciplina, assumendo a criterio di apprezzamento della stessa i principi fondamentali dell'ordinamento nei cui riguardi il fatto storico o si pone in frontale opposizione (come per il giorno della memoria dell'olocausto) ovvero ne dà l'emblematica e sintetica rappresentazione (come per il giorno della nascita della Repubblica).

L'ipotesi dell'annullamento di legge "memoriale" è obiettivamente remota ma – come si viene dicendo – non può escludersi in partenza<sup>24</sup>. Può al riguardo avere rilievo la circostanza per cui la legge stessa sia venuta alla luce coi più larghi consensi delle forze politiche rappresentate in Parlamento: un indizio, se non una prova certa<sup>25</sup>, della condivisione della memoria; forse, in prospettiva *de iure condendo*, con riferimento alla loro formazione, al pari di quella relativa ad altri tipi di legge<sup>26</sup>, potrebbe tornare utile prevedere espressamente nella Carta costituzionale allo scopo novellata il ricorso a procedure aggravate<sup>27</sup>.

Non è poi senza significato che anche per le leggi fatte "per dimenticare" (e, segnatamente, per quelle di amnistia)<sup>28</sup> sia prescritta una procedura persino più aggravata, per certi versi, rispetto a quella stabilita per le leggi costituzionali<sup>29</sup>. Sappiamo tutti che ciò è da mettere in correlazione con la specifica *ratio* delle leggi di clemenza e che costituisce un argine consistente alla loro venuta alla luce, la quale dà comunque luogo, il più delle volte se non sempre, ad un effetto di divisione o di vera e propria lacerazione in seno al corpo sociale: fa, sì, "dimenticare" il reato ma – paradossalmente – ravviva ed inasprisce il ricordo delle vittime di certi fatti delittuosi, allo stesso tempo in cui dà sollievo a coloro che se ne sono resi responsabili ed ai loro familiari. Non è, ad ogni buon conto, chi non veda la differenza che passa tra una legge "memoriale" adottata a sostegno e promozione dei valori fondanti la Repubblica ed una legge "per dimenticare" fatti comunque considerati negativi alla luce di

---

<sup>24</sup> Lo stesso può dirsi per ciò che attiene alla sua rimozione "secca", l'abrogazione di legge "memoriale" suonando quale un'autodelegittimazione etico-assiologica per lo stesso legislatore. Anche per quest'aspetto, come si vede, si ha conferma dei rischi che fa correre un uso inflazionato della categoria cui non si saprebbe poi come porre rimedio.

<sup>25</sup> D'altronde, come si sa, le stesse leggi di forma costituzionale non si sottraggono a sindacato di costituzionalità, anche se – e il dato merita di essere sottolineato – non si conoscono casi in cui siano andate soggette ad annullamento, eccezion fatta di norme in realtà nate prima della Carta repubblicana e con essa vistosamente incompatibili, quali quelle contenute nello statuto siciliano.

<sup>26</sup> Si pensi, ad es., all'antica (e, tuttavia, di tanto in tanto ricorrente) proposta di introdurre anche da noi il tipo-legge "organica", con specifico riguardo alla disciplina di alcuni aspetti o porzioni della "materia" costituzionale. Leggi variamente tipizzate nella competenza si hanno – come si sa – anche nella dimensione regionale, tra le quali particolare attenzione va riservata alle leggi statutarie.

<sup>27</sup> In ogni caso, mi parrebbe doversi senz'altro escludere che si utilizzi a finalità "memoriale" il decreto-legge, a motivo del difetto dei presupposti fattuali giustificativi dell'adozione dello strumento in parola.

<sup>28</sup> Vi ha fatto, ancora di recente, riferimento A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria*, cit., 167 ss. e 174 ss.

<sup>29</sup> È stato infatti da tempo messo in chiaro come raggiungere la maggioranza dei due terzi, prescritta dall'art. 79 cost., possa risultare, specie in talune congiunture politiche, ben più arduo della doppia approvazione richiesta dall'art. 138, che potrebbe aversi, in prima delibera, a maggioranza semplice e, in seconda, a maggioranza assoluta, pur restando quindi soggetta la legge all'alea della eventuale prova referendaria.

quei valori.

3. *Il diritto-dovere di verità storica nell'operato delle istituzioni e i casi in cui la scienza non è in grado di consegnare conoscenze largamente condivise, restando quindi demandato al legislatore imporre una memoria normativa in luogo di quella scientifica*

Il cenno appena fatto alle leggi “memoriali” introduce naturalmente alla vessata questione del diritto alla verità e del corrispondente dovere. La disciplina positiva del negazionismo, cui si è dietro fatto cenno, risponde proprio allo scopo di dare appagamento al primo e di far valere il secondo.

Si tratta di situazioni soggettive che presentano plurime articolazioni a più piani di esperienza, in ambito interno come pure in ambito internazionale e sovranazionale<sup>30</sup>. Perlopiù, sono viste dal punto di vista dell'individuo, in funzione cioè della salvaguardia di un bisogno intensamente avvertito dal singolo, mentre rimane nell'ombra la loro funzione servente nei riguardi della comunità statale nel suo complesso, quale istituzione repubblicana appunto. Nessuno ovviamente nega che sia necessario apprestare ogni tutela possibile ai diritti dei singoli, specie di coloro che sono stati e sono direttamente colpiti dalla menzogna storica ovvero sono soffocati da una cappa di silenzio e di oscurità circa alcuni eventi sui quali non si è riuscito (e non si riesce) a fare luce. In aggiunta al diritto alla verità dei diretti interessati v'è però (e non è meno impellente e meritevole di tutela) quello della intera collettività che sempre è ferita da fatti traumatici che puntano diritto al cuore della Repubblica.

Per l'aspetto ora in rilievo, il diritto alla verità fa tutt'uno col relativo dovere e presenta carattere autoreferenziale: v'è, cioè, il dovere degli organi di apparato della Repubblica di appagare un diritto che (anche) agli stessi fa capo e, per il loro tramite, all'intera istituzione di appartenenza.

Di qui, poi, la conferma di una indicazione teorica di ordine generale, altrove rappresentata<sup>31</sup>, vale a dire che ogni diritto fondamentale possiede in sé un carica deontica, che è sollecitato ad esprimere e a far valere specie nelle più spinose e sofferte esperienze di vita: una componente deontica che poi incessantemente si alimenta dal dovere di fedeltà alla Repubblica, nel suo porsi in funzione servente nei riguardi dell'etica pubblica fondata sul fatto costituente.

Un ordinamento che non trovi dentro di sé le risorse, morali prima ancora che di altro genere, per fare chiarezza sui momenti bui della propria esistenza, che non abbia il coraggio e le capacità per farlo, è fatalmente condannato a consumarsi e a dissolversi. Acquisire la verità significa dotare la Repubblica di un patrimonio di conoscenze indispensabile ad orientare il lineare svolgimento della vita di relazione, al piano istituzionale come pure a quello sociale.

La memoria, insomma, diventa condizione stessa della trasmissione integra dell'ordinamento nel tempo, del mantenimento dei suoi valori fondanti, del loro incessante rinnovamento.

La verità ha – come si diceva – plurime articolazioni ed espressioni. V'è la verità che è compito precipuo delle istituzioni raggiungere (si pensi, ad es., alle Commissioni parlamentari d'inchiesta) e v'è la verità che può essere acquisita direttamente dai privati ma con la collaborazione delle istituzioni (ad es., attraverso l'accesso ad atti e documenti tenuti presso la pubblica amministrazione). V'è, ancora, la verità che i privati o esponenti delle istituzioni sono tenuti a dare ad altre istituzioni (ad es., le testimonianze rese in processo) e v'è (ed assume crescente rilievo in molti ambiti materiali<sup>32</sup>) la verità resa da uomini di scienza o da esperti, senza la quale l'esercizio delle pubbliche funzioni risulterebbe in alcuni casi impossibile o, comunque, fortemente ostacolato.

Su quest'ultimo punto è necessario un momento di riflessione.

Senza che se ne possa ora fare oggetto di specifico esame (richiedendosi allo scopo una sede a ciò

---

<sup>30</sup> Si pensi solo, a quest'ultimo riguardo, al rilievo dato in seno alla Comunità internazionale al diritto alla verità con riferimento ai casi di violazione dei diritti umani (riferimenti ancora in A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria*, cit., 24 ss.).

<sup>31</sup> Le basi di questa costruzione teorica si rinvengono in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., ed hanno quindi avuto svolgimento e affinamento in altri luoghi.

<sup>32</sup> ... specificamente – come subito si dirà – laddove si tratti di far valere nuovi diritti fondamentali scientificamente sensibili.

specificamente dedicata e disponibile per un'ampia trattazione), è interessante notare come la conoscenza delle verità scientifiche esprima un vincolo – come dire? – “graduato” nei riguardi dei pubblici poteri.

Se n'è avuta conferma da una pronuncia di qualche anno addietro della Consulta, la [sent. n. 84 del 2016](#)<sup>33</sup>, in tema di destinazione degli embrioni crioconservati a finalità di ricerca. Il giudice delle leggi si è, infatti, dichiarato dell'idea che, laddove – come nella specie – la scienza si presenti al proprio interno divisa, la Costituzione resti “muta” e, di conseguenza, lo stesso giudice non possa esprimersi nel merito della questione sottopostagli. Il silenzio della Costituzione, nondimeno, non fa da ostacolo a che il legislatore faccia la propria scelta traducendola in una disciplina positiva che, stante il difetto di norma-parametro con la quale potersi confrontare, non potrebbe che restare soggetta al solo sindacato secondo ragionevolezza. Detto altrimenti: se gli scienziati non hanno ancora raggiunto la verità, anche la Costituzione nulla può dire e prescrivere; ciononostante, la mancanza di conoscenze scientifiche sia pur relativamente sicure non impedisce al legislatore di parlare per tutti, ed anzi in qualche modo lo sollecita a farlo. Un esito, questo, che, astraendo ora dal caso qui non specificamente interessante, in via generale solleva non poche perplessità e, di più, desta forti preoccupazioni, specie se si considera che la materia bisognosa di regolazione normativa è, per sua natura, scientificamente sensibile: come tale, perciò, mal si presta a libere e in pratica difficilmente controllabili opzioni fatte dai decisori politici, tanto più poi laddove la disciplina verta – come nel caso sopra evocato – sulle esperienze d'inizio e fine-vita, alle quali fanno capo interessi di cruciale rilievo e suscettibili di essere fatti oggetto di decisioni praticamente irreversibili<sup>34</sup>.

Al tirar delle somme, la mancanza di una *memoria scientifica* da preservare e trasmettere per il futuro parrebbe stimolare la produzione di leggi volte ad imporre una *memoria normativa*, idonea peraltro a lasciare un segno marcato sullo stesso incessante progresso delle conoscenze scientifiche<sup>35</sup>.

#### 4. Memoria e dignità, ovvero sia quando la prima si pone in funzione servente della seconda e quando invece la offende

Riguardata dal punto di vista del soggetto e delle sue aspettative di tutela, la memoria può porsi ora quale valore, da preservare e trasmettere anche a quelli che verranno, ora invece come disvalore.

Non si dà una regola fissa al riguardo, la qualificazione presentandosi quale l'esito, astrattamente imprevedibile, di una ponderazione assiologicamente ispirata che può farsi unicamente in relazione alle complessive e peculiari esigenze del singolo caso.

Si pensi, ad es., al sofferto rapporto che viene a determinarsi tra il diritto-dovere alla verità storica,

---

<sup>33</sup> ... fatta oggetto di numerosi commenti, tra i quali quelli che sono in [Biolaw Journal](#), 2/2016.

<sup>34</sup> Se ne ha una emblematica testimonianza laddove una nuova vita sia generata ricorrendo ad una pratica lesiva della dignità dello stesso soggetto venuto alla luce, oltre che dei protagonisti del fatto procreativo (così come si ha ricorrendo alla surrogazione di maternità, in ispecie laddove non effettuata a titolo gratuito) o, peggio, laddove una vita sia spenta ricorrendo a pratiche di suicidio assistito (e molti altri esempi ancora potrebbero, ovviamente, farsi nel medesimo senso).

<sup>35</sup> Di qui si ha, poi, un'ulteriore conferma della bontà di una indicazione da tempo avanzata da una nutrita schiera di studiosi, secondo cui le leggi aventi ad oggetto i nuovi diritti (con particolare riferimento proprio a quelli scientificamente sensibili) dovrebbero dotarsi di una struttura agile ed essenziale, in buona sostanza *per principia*, rimettendosi quindi ai pratici (e, segnatamente, ai giudici) per il loro opportuno svolgimento e completamento a mezzo di regole adeguate ai singoli casi [riferimenti, di recente, in M. PICCINI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in [Biolaw Journal](#), 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, [La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/I](#), spec. 235 ss., e, dello stesso, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in [Giustizia Insieme](#), 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in [Rivista AIC](#), 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 90 ss., e A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 14/2019, 4 aprile 2019, spec. al § 7].

di cui si è dietro discorso, e il diritto-dovere alla sicurezza individuale e collettiva<sup>36</sup>, che specie in talune circostanze imperiosamente reclama di farsi valere. Ne dà una eloquente testimonianza la disciplina, pure – come si sa – assai discussa (e, per più aspetti, discutibile) del segreto di Stato. L’opposizione del segreto, infatti, impedisce la formazione di una memoria collettiva su fatti istituzionali la cui conoscenza pure molto potrebbe giovare all’affermazione dei valori espressivi dell’etica pubblica repubblicana; solo che, nella particolare contingenza, si ritiene che proprio questa conoscenza possa nuocere all’interesse della comunità, nulla nondimeno ostando al rinvio temporale della stessa, rimessa all’opera ricostruttiva degli storici.

Lo stesso bilanciamento tra *privacy* e memoria si apre a plurimi esiti in ragione dei casi<sup>37</sup>; persino connotati di questi ultimi a prima vista oggettivamente analoghi o, addirittura, identici potrebbero richiedere trattamenti differenziati, per es. in ragione della qualità dei soggetti. Così, notizie circa lo stato di salute di candidati a cariche istituzionali di primo piano, per norma coperte da riservatezza, potrebbero rivelarsi d’interesse collettivo, sì da meritare una esposizione pubblica che altrimenti non avrebbe alcuna ragion d’essere, una esposizione che nondimeno deve pur sempre restare confinata allo stretto indispensabile e, comunque, posta in essere nel pieno rispetto della dignità della persona<sup>38</sup>.

Del dovere di verità può, poi, aversi riscontro anche nei rapporti tra privati. Si pensi, ad es., al bilanciamento che occorre porre in essere tra il diritto alla non conoscenza e quello alla conoscenza, di cui si facciano portatori soggetti diversi, come in occasione delle non infrequenti vicende che abbiano per protagonisti soggetti che chiedano sia fatta luce sulle loro origini biologiche, laddove si tratti appunto di salvaguardare, a un tempo, il diritto all’anonimato del genitore che persista nel farlo valere e quello del figlio, se non altro per il caso che quest’ultimo richieda di venire a conoscenza di dati relativi alle condizioni di salute del genitore (con specifico riguardo a malattie geneticamente trasmissibili), a presidio della propria salute e di quella dei propri discendenti.

La memoria, insomma, come in un ideale caleidoscopio si compone, scompone e ricompone di continuo, ora espandendosi e mirando alla propria formazione ed affermazione, ora contraendosi e ritraendosi a fronte del bisogno opposto a quello della conoscenza. D’altronde, i medesimi beni della vita, col variare dei casi, possono ricevere punti di equilibrio assai diversi, senza che si dia alcun ordine preconstituito tra di essi posto in essere in applicazione di criteri di formale fattura.

L’unico punto fermo che si ha, in un quadro connotato da fluidità e mobilità degli elementi che lo compongono e fortemente impressionato da fattori di contesto, è dato dal rispetto della dignità della persona: un autentico “metaprincipio”, alla cui luce può farsi luogo alla ponderazione dei principi fondamentali dell’ordinamento e dei beni della vita che ad essi fanno capo, o – come pure è stato efficacemente detto<sup>39</sup> – la “bilancia” su cui i beni stessi si dispongono.

---

<sup>36</sup> Con specifica attenzione al rapporto tra sicurezza e *privacy*, di recente e per tutti, M. OROFINO, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. Panella, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 245 ss.; F. PETRUCCO, *The Right to privacy and new technologies: between evolution and decay*, in [mediaLAWs](#), 1/2019, § 3.1; utili indicazioni possono inoltre aversi da AA.VV., *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, a cura di G. Busia - L. Liguori - O. Pollicino, Aracne, Roma 2016, nonché dai contributi alle IX Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto costituzionale su *El derecho a la intimidad*, svoltesi a Madrid il 22 e 23 settembre 2016, a cura di A.E. Perales, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, e, da ultimo, dagli scritti che sono nel fasc. 2/2019 di *Eur. Law Journ.*, su *Internet and Human Rights Law*. Da una prospettiva di più ampio respiro e con specifica attenzione ai profili penalistici, v., di recente, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino 2019. In giurisprudenza, molto importante è ora [Corte cost. sent. n. 20 del 2019](#).

<sup>37</sup> Come si vede, si ha ancora una volta conferma della necessità che le discipline normative riguardanti la memoria, specificamente laddove interferisca con diritti fondamentali della persona (e, sopra ogni altro, con quello alla salvaguardia della dignità), si dotino di una struttura nomologica duttile ed essenziale, rimandando per i loro opportuni svolgimenti a soluzioni “attuative” poste in essere dagli operatori (e, segnatamente, dai giudici) in ragione dei peculiari caratteri dei casi.

<sup>38</sup> Riprendo qui un esempio che è già nel mio [Dignità dell’uomo, diritto alla riservatezza, strumenti di tutela \(prime notazioni\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2016/III](#), 374 s.

<sup>39</sup> La felice immagine della bilancia si deve – come si sa – a G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, nel [sito telematico dell’AIC](#), 14 marzo 2008, e, dello stesso, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, 3 ss. Vi hanno, tra gli altri, fatto richiamo G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015, e C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura

La memoria ha dunque, come la luna, doppia faccia: l'una illuminata, l'altra nascosta, o meglio, dalla prospettiva del diritto, sull'una c'è l'obbligo di fare luce, sull'altra quello di lasciarla in ombra. A seconda dell'angolo visuale adottato, essa è perciò ora valore ed ora disvalore.

La relatività della qualificazione dispone di numerose testimonianze. Si pensi, ad es., ai casi di abuso nell'esercizio del diritto di cronaca, quali si hanno laddove la medesima notizia, già legittimamente resa nota, sia replicata a distanza di anni con grave pregiudizio della persona, della sua dignità appunto<sup>40</sup>. Non è, nondimeno, agevole stabilire quando il diritto all'oblio meriti di essere tutelato e quando, di contro, debba soggiacere a bilanciamento con altri diritti o doveri costituzionalmente riconosciuti, fino al punto di dover essere talora sacrificato<sup>41</sup>. Il diritto di cronaca è infatti, senza alcun dubbio, strumento vitale per la ricerca della verità ma la dignità della persona non fa sconti, specie laddove la prima sia strumentalmente piegata a finalità di spettacolarizzazione gratuita di eventi che invece dovrebbero svolgersi esclusivamente presso sedi istituzionali (e con le garanzie ad esse connesse)<sup>42</sup> e, comunque, andrebbero ben altrimenti rappresentati<sup>43</sup>.

La memoria, poi, è disvalore laddove risulti provata la torsione del reale che ad essa è consegnato in custodia, una torsione che dunque fatalmente ridonda a danno della memoria stessa<sup>44</sup>, determinando peraltro effetti difficilmente e alle volte non del tutto sradicabili (come nel caso delle *fake news* diramate via internet<sup>45</sup>).

---

di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 205 ss.; altri riferimenti, ora, in V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Giuffrè-Lefevre, Milano 2018, 41 ss., spec. 44 s.

<sup>40</sup> Tra i molti che ne hanno variamente trattato, di recente, v. S. PIETROPAOLI, *La rete non dimentica. Una riflessione sul diritto all'oblio*, in *Ars interpretandi*, 1/2017, 71 s.

<sup>41</sup> In tema si è assistito ad un'autentica messe incontenibile di studi di vario segno: solo per alcune prime indicazioni, v. M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, ESI, Napoli 2009; AA.VV., *Il caso del diritto all'oblio*, a cura di F. Pizzetti, Giappichelli, Torino 2013; G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 4-5/2014, 591 ss.; AA.VV., *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, a cura di G. Resta e V. Zeno Zencovich, TrE-Press, Roma 2015; A. VESTO, *La tutela dell'oblio tra intimità e condivisione senza filtri*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, cit., 177 ss.; F. PETRUCCO, *The Right to privacy and new technologies: between evolution and decay*, cit., § 3.3; F. SICURO, *Libertà di informazione e diritto all'oblio (brevi osservazioni a margine di Cass. civ., sez. un., ord. interlocutoria, 26 giugno - 4 luglio 2018, n. 28086)*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 8/2019, 9 aprile 2019; E. CURRAO, *Diritto all'oblio, stigma penale e cronaca giudiziaria: una memoria indimenticabile*, in *Dir. pen. cont.*, 6/2019, 157 ss., nonché in [Diritto Penale Contemporaneo](http://DirittoPenaleContemporaneo.it), 26 giugno 2019. Opportunamente rimarcato è, poi, il collegamento con la dignità, nella quale una sensibile dottrina rinviene il fondamento del diritto in parola (T.E. FROSINI, *Diritto all'oblio e Internet*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 12/2014, 11 giugno 2014).

<sup>42</sup> Si pensi, ad es., all'innaturale celebrazione dei processi in forma mediatica, in relazione alla quale nondimeno si pongono delicate questioni ad oggi solo in attesa di adeguata soluzione (in tema, per i profili penalistici, per tutti, V. MANES, *La vittima del processo mediatico: misure di carattere rimediabile*, in *Pol. dir.*, 3/2018, 359 ss.).

<sup>43</sup> Se n'è avuta, ancora di recente, conferma in occasione del ritorno in Italia del terrorista Battisti, dopo quasi quarant'anni di latitanza, sul quale si sono accesi i riflettori persino nel momento in cui era sottoposto ad esame dattiloscopico che – come si sa – avrebbe dovuto essere effettuato in modo riservato.

<sup>44</sup> ... ponendo peraltro delicati problemi non facilmente risolvibili (come a riguardo della rettifica dei dati *on line*: in tema, tra gli altri, AA.VV., *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. Pizzetti, Giappichelli, Torino 2018).

<sup>45</sup> Nella ormai copiosa messe di scritti venuti alla luce sul tema, v., almeno, G. PITRUZZELLA - O. POLLICINO - S. QUINTARELLI, *Parole e potere, libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Egea, Milano 2017; M. BASSINI - G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in [mediaLAWS](http://mediaLAWS.it), 1/2017, 30 settembre 2017, 11 ss., e, nella stessa *Rivista*, F. PIZZETTI, *Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, 48 ss.; A. MAZZIOTTI DI CELSO, *Dal Primo Emendamento al bavaglio malese. Fake news, libertà di espressione e il rovesciamento delle categorie politiche tradizionali*, 3/2018, 14 ottobre 2018, e, pure *ivi*, con specifico riguardo all'esperienza tedesca (e all'adozione del *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*), V. CLAUSSEN, *Fighting hate speech and fake news. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*; v., inoltre, quanto alla Gran Bretagna, *House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, Disinformation and 'fake news': Final Report (Eighth Report of Session 2017-19)*, e, ancora nella stessa *Rivista*, E. LEHNER, *Fake news e democrazia*, 1/2019; v., poi, i rapporti di Facebook, *Facebook February update on implementation of the Code of Practice on Disinformation*; Google, *EC Action Plan on Disinformation Google February 2019*, e Twitter, *Twitter February update: Code of Practice on Disinformation*, nonché il documento dell'AGCOM, Servizio Economico Statistico, [Osservatorio sulla disinformazione on line](http://Osservatorio.sulla.disinformazione.online), 1/2019, 5 marzo 2019, e 2/2019, 8 aprile 2019, tutti in [ASTRID](http://ASTRID.it); O. POLLICINO, *Fundamental Rights as Bycatch – Russia's Anti-Fake News Legislation*, in [Verfassungsblog](http://Verfassungsblog.de), 28 marzo 2019; C. MAGNANI, *Libertà d'informazione online e fake news: vera*

Il riferimento alla memoria ed al suo porsi in rapporto con la dignità torna prezioso al fine di cogliere un aspetto al quale ancora oggi non si è prestata la dovuta attenzione. Proprio dal rapporto in parola, infatti, si apprezza il profilo diacronico della memoria stessa, il suo appuntarsi sulla persona e, allo stesso tempo, il suo portarsi oltre la sua esistenza.

Si pensi, ad es., alla salvaguardia della memoria di persone che non ci sono più. Proteggendone l'onore e la dignità avverso dichiarazioni nei loro riguardi offensive, non si tutela unicamente la dignità dei loro cari ma anche – a me pare – quella degli stessi defunti che sopravvive alla loro scomparsa<sup>46</sup>, custodendo e preservando di tali persone l'immagine complessiva<sup>47</sup>.

##### *5. Una succinta notazione finale a riguardo della crisi della memoria come crisi culturale, delle sue più salienti espressioni, dei suoi possibili rimedi*

L'analisi rapidamente compiuta porta naturalmente – a me pare – ad una... *non conclusione*.

La memoria, specificamente nelle sue più salienti espressioni di rilievo costituzionale, esibisce una straordinaria duttilità strutturale che poi si converte in una pari duttilità funzionale, prestandosi – a mo' di sostanza gommosa – a farsi docilmente manipolare in ragione degli obiettivi di volta in volta prefissati.

In via generale, come si è tentato qui di mostrare unicamente con alcuni tra i molti esempi che possono farsi, è mezzo al servizio di fini sia individuali che collettivi ed istituzionali, ma può essere essa stessa fine, specificamente laddove sia fatta oggetto d'iniziativa dei pubblici poteri volte a ravvivarla e trasmetterla anche alle generazioni che verranno (l'esempio forse maggiormente emblematico al riguardo – come si è veduto – è dato dal ricordo cocente degli eventi maturati nel corso del secondo conflitto bellico e di quelli che hanno portato all'avvento della Repubblica).

In realtà, anche in siffatta sua forma, la memoria è sempre mezzo e fine allo stesso tempo, a motivo del suo fare tutt'uno con l'etica pubblica repubblicana testimoniata dalla Carta costituzionale, specie

---

*emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 4 aprile 2019. Inoltre, la *Relazione sull'attuazione del piano d'azione contro la disinformazione*, oggetto della Comunicazione congiunta resa, in data 14 giugno 2019, dalla Commissione europea e dall'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica della sicurezza, in [ASTRID](#); G. PAGANO, *Il Code of Practice on Disinformation. Note sulla natura giuridica di un atto misto di autoregolazione*, in [Federalismi.it](#), 11/2019, 5 giugno 2019; I. SPADARO, *Contrasto alle fake news e tutela della democrazia*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2019, 21 giugno 2019.

Il prepotente ed incontrollato sviluppo avuto da internet pone formidabili problemi, della cui consistenza peraltro non si ha ancora piena avvertenza ed ai quali non si è riusciti a dare una complessivamente appagante risposta, specie per ciò che attiene al controllo nella immissione e nell'utilizzo dei dati suscettibili di incidere in modo diretto sulla dignità e i diritti fondamentali in genere della persona. Si ha, nondimeno, consapevolezza del bisogno di dar vita ad una regia internazionale e sovranazionale da cui si attendono soluzioni idonee a mediare efficacemente tra le crescenti e diffuse aspettative di conoscenza, la verifica della veridicità dei dati, la salvaguardia della *privacy*, il diritto all'oblio. Per quest'aspetto, la regolamentazione dei dati sensibili apprestata dall'Unione europea (e prontamente annotata da un'accreditata dottrina: per tutti, F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, e II, *Il Regolamento europeo 2016/679*, Giappichelli, Torino 2016; E. STRADELLA, *Cancellazione e oblio: come la rimozione del passato, in bilico tra tutela dell'identità personale e protezione dei dati, si impone anche nella rete, quali anticorpi si possono sviluppare e, infine, cui prodest?*, in [Rivista AIC](#), 4/2016, 12 dicembre 2016; S. ZANINI, *Il diritto all'oblio nel Regolamento europeo 679/2016: quid novi?*, in [Federalismi.it](#), 15/2018, 18 luglio 2018; G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e Lex mercatoria*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019) si pone quale un passo rilevante lungo una via erta e disseminata d'insidie, al quale peraltro molti altri ancora devono seguire prima di raggiungere la meta. In questo senso, è da valutare l'ipotesi, prospettata da una sensibile dottrina [E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in [mediaLAWS](#), 1/2019, 11 gennaio 2019] di istituire un organismo indipendente dotato di poteri sia di regolazione che paragiurisdizionali e di *adjudication*.

<sup>46</sup> Spunti in tal senso si rinvencono peraltro nella più avvertita dottrina penalistica [tra gli altri, F.P. GABRIELI, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà verso i defunti*, Giuffrè, Milano 1961; G. FIANDACA, *Pietà dei defunti (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XXIII (1990); A. ROSSI VANNINI, *Pietà dei defunti (delitti contro la)*, in *Dig./Disc. Pen.*, IX (1995)].

<sup>47</sup> Che la dignità faccia tutt'uno con la *humanitas* del soggetto si è già fatto in altri luoghi notare, tra i quali il mio [La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/II](#), 392 ss.



(ma non solo) nei suoi principi fondamentali<sup>48</sup>. Nella memoria, insomma, è assai problematico (forse, davvero impossibile) tenere separato ciò che è mezzo da ciò che è fine, entrambi compresenti nella sua stessa struttura costitutiva.

Nella sua essenza e nella sua più qualificante espressione la memoria, al piano delle dinamiche che connotano la forma di governo e, ancora più a fondo, la forma di Stato, è condizione di un loro fisiologico svolgimento ed orientamento verso i valori fondamentali positivizzati, in vista della loro ottimale implementazione alle condizioni oggettive di contesto. Quanto meno, così è secondo modello. Non si può tuttavia far passare sotto silenzio che non di rado si mettono in moto processi, ora alla luce del sole ed ora per via sotterranea (ed abilmente mascherati), volti a distogliere la memoria dal suo lineare percorso, vale a dire a forzarne e in varia misura manipolarne la formazione. Ed è di tutta evidenza che siffatte torsioni producono poi l'effetto di far deviare le pubbliche funzioni dai binari lungo i quali dovrebbero scorrere in vista del conseguimento dei fini avuti di mira. Dove non c'è giusta memoria, specie dei fatti passati di maggior rilievo costituzionale, diventa assai problematico gestire come si conviene il presente e, perciò, porre le basi su cui edificare il futuro.

Ciò che maggiormente difetta è un livello minimo diffuso, accettabile, di cultura: non soltanto – si badi – di cultura istituzionale ma di cultura *tout court*. La classe politica – è ormai da tempo acclamato – è lo specchio della società, la riproduce in scala, esattamente come fa una carta geografica rispetto ai luoghi in essa descritti. Come si sa, la più avvertita dottrina ha da tempo segnalato con dovizia di argomenti che la crisi della rappresentanza politica (*rectius*, della rappresentatività) è, *in nuce*, crisi dei rappresentati, ancora prima (e di più) che dei rappresentanti<sup>49</sup>. La crisi della cultura dei governanti è, dunque, figlia di quella dei governati e – come si è venuti dicendo – trova un terreno fertile su cui radicarsi e crescere in una memoria afflitta da vizi occulti strutturali dei quali portano quindi il segno tanto le relazioni in seno al corpo sociale quanto quelle che vengono a formazione in seno all'apparato.

Non è di qui (non dico svolgere ma neppure) avviare una nuova riflessione a riguardo dei possibili rimedi a questo stato di cose che, in fin dei conti, minaccia la stessa lineare, integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo e, con essa, della Costituzione che ne è alla base. È però chiaro che se, al fondo della situazione qual è, si danno gravi carenze di cultura, è specificamente sul terreno della formazione di quest'ultima che va ambientata la ricerca dei possibili rimedi. Solo così si può infatti tentare di spezzare il circolo perverso, che da se medesimo si ricarica senza sosta, in cui si dispongono governati e governanti di poca e difettosa memoria, convertendolo in uno invece virtuoso, in seno al quale possa finalmente prendere forma un fisiologico svolgimento della vita di relazione, idoneo a consentire una soddisfacente implementazione dei valori costituzionali.

Per l'aspetto ora considerato, molto a me pare possono (e devono) fare le formazioni sociali in cui l'individuo si riunisce al fine della compiuta soddisfazione di elementari bisogni e, in ultima istanza,

---

<sup>48</sup> I principi, nondimeno, hanno la loro naturale proiezione anche nella disciplina relativa all'organizzazione in cui, per la sua parte, si rispecchia la riconquista della libertà e della democrazia. Non si dimentichi, d'altro canto, la mirabile lezione impartita dal già richiamato art. 16 della Dichiarazione del 1789, con il riferimento congiuntamente fatto alle libertà ed alla separazione dei poteri quali elementi costitutivi dello Stato costituzionale ed espressivi dell'idea di Costituzione nella sua accezione liberale. È poi pur vero – come si sa – che l'assetto dei poteri è in funzione della salvaguardia dei diritti fondamentali; ed è anche vero che – secondo la comune dottrina – l'organizzazione può essere anche profondamente cambiata, sempre che si mantenga (ed anzi risulti ulteriormente rinvigorita e promossa) la sua naturale vocazione a dare voce ai valori fondamentali per la cui affermazione la Repubblica e la Costituzione sono venute alla luce.

<sup>49</sup> Il riferimento è ad una nota riflessione teorica di M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon - F. Biondi, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss. Sulla crisi della rappresentanza politica la letteratura è ormai sterminata: di recente e tra i molti altri, AA.VV., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, a cura di P. Bilancia, Giappichelli, Torino 2018; A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Diritto Costituzionale*, 1/2018, 95 ss., e, dello stesso, ora, *amplius*, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino 2018; F. GIRELLI, *Il mandato parlamentare e lo spazio della sua "libertà"*. Per una lettura combinata degli artt. 67 e 68 della Costituzione, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; infine, G. MOSCHELLA, [Crisi della rappresentanza politica e deriva populista](#), in questa *Rivista*, [Studi](#), 2019/II, 249 ss. e, dello stesso, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in [Federalismi.it](#), 12/2019, 19 giugno 2019.

della realizzazione della propria personalità, a partire da quella primigenia – la famiglia – e, quindi, dalla scuola, le confessioni religiose, i partiti politici (già nelle loro formazioni giovanili), e via dicendo.

Certo, con specifico riguardo ai partiti, c'è il rischio di cadere vittime di un autentico ossimoro, dal momento che proprio le formazioni sociali nelle quali maggiormente evidente è stata (ed è) la crisi culturale, di cui si viene dicendo, dovrebbero essere quelle al cui interno rinvenire le risorse adeguate a superarla o, quanto meno, a contenerne gli effetti.

Il timore ora manifestato non è, invero, infondato; ugualmente vero è però – a me pare – che solo attraverso risoluti ed incisivi interventi tanto al piano delle regole eteroprodotte quanto a quello delle regole di autonomia si può coltivare la speranza che, grazie appunto al loro sforzo congiunto e sinergico, possa invertirsi il *trend* fin qui invalso (ed anzi crescente). Occorre insomma puntare sia all'autorigenerazione etica (nel senso appunto dell'etica costituzionale) della politica, nei metodi e nei canoni che ne governano i più salienti svolgimenti, e sia pure ad iniziative provenienti *ab extra*.

D'altro canto, è ormai provato che partiti ed istituzioni hanno bisogno di darsi mutuo sostegno concorrendo ad un'opera di bonifica interna ispirata dai (e costantemente volta verso i) valori costituzionali, nel loro fare "sistema". Ove ciò non dovesse aver luogo, fatalmente difetti e squilibri esibiti dagli uni contagerebbero le altre fino, appunto, a coinvolgere l'ordinamento nella sua interezza, pregiudicandone – come si diceva – la stessa idoneità a trasmettersi integro nel tempo. È dunque di cruciale rilievo che si ponga mano ad ogni iniziativa ritenuta adeguata a segnare una svolta rispetto al preoccupante presente ed a gettare le basi per un futuro che non ne riproduca i guasti e le complesse carenze.

**Alessandro Morelli**  
**Il principio personalista nell'era dei populismi\*\***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Alcuni presupposti epistemologici e teorici. – 3. Il principio personalista nella trama dell'ordinamento repubblicano. – 4. Principio personalista vs. mentalità populista. – 5. Principio personalista e complessità sociale: i rischi del riduzionismo populista.

1. *Premessa*

La vigenza del principio personalista nell'ordinamento italiano non appare oggi un dato del tutto pacifico e scontato. Non lo è nell'attuale momento storico, caratterizzato da forti spinte verso una declinazione populista della trama normativa e istituzionale dell'ordinamento. Peraltro, lo stesso contenuto del suddetto principio non è pacifico, considerato che l'affermazione secondo cui esso porrebbe «come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana»<sup>1</sup> appare vaga, suscettibile di diverse e contrastanti traduzioni. Come si proverà ad argomentare in questa sede, tuttavia, la vigenza di tale principio non è frutto di un costruttivismo interpretativo disancorato dalla realtà istituzionale e normativa, ma l'esito di un percorso ermeneutico che trova sviluppo attraverso l'impiego dei canoni dell'interpretazione storica e logico-sistematica e che presuppone una teoria della Costituzione come fonte normativa sovraordinata alla legge.

Sulla base di tale premessa, risulta quanto mai necessario riaffermare la centralità del principio personalista come criterio di preferenza dell'individuo rispetto alla collettività, non già nel senso che gli interessi del primo debbano sempre e comunque prevalere su quelli della seconda, ma che esiste una presunzione relativa di precedenza dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili della persona, superabile solo al ricorrere di circostanze straordinarie. Tale assunto implica che non tutti gli interessi sociali (anche indirettamente riconducibili a principi costituzionali) stiano sullo stesso piano e che possano essere bilanciati in condizioni di parità con le declinazioni primarie, costituzionalmente riconosciute e garantite, della persona umana.

Quel che intendo sostenere è che il concetto di persona, al di là delle matrici culturali e ideologiche che ne ispirarono l'inserimento nell'art. 2 Cost., evoca essenzialmente la complessità della natura umana, esprimendo non soltanto una presa d'atto, ma anche il riconoscimento della stessa come valore meritevole della massima tutela e promozione. Tale riconoscimento è alla base del principio pluralista che, com'è noto, nel testo costituzionale è declinato nelle più varie forme (come pluralismo istituzionale, politico, culturale, ecc.). Tra quest'ultimo principio e quello personalista esiste, dunque, un nesso indissolubile, essendo il primo una proiezione del secondo: la varietà di espressioni della natura umana, colte anche, e soprattutto, nella loro dimensione sociale, legittima il riconoscimento del valore delle diverse formazioni intermedie entro le quali si sviluppa la stessa personalità.

Se la complessità umana è un valore che, nella dimensione delle garanzie costituzionali, trova espressione sia nella tutela dei diritti fondamentali sia nella promozione del pluralismo, ogni forma di riduzionismo appare radicalmente incompatibile con il disegno repubblicano. In particolare, non è concepibile alcuna ipotesi di “riduzionismo istituzionale”, che pretenda di connotare la forma di Stato e la forma di governo sulla base di un principio monistico di legittimazione. Al contrario, proprio verso un simile esito sembrerebbero tendere oggi le spinte dei movimenti populistici, che promuovono forme estremamente semplificate di organizzazione istituzionale, ad esempio facendo riferimento a vaghi modelli di democrazia diretta o promuovendo riforme volte a ridimensionare o a limitare drasticamente ruolo e competenze della magistratura e degli altri organi di garanzia.

---

\*\* Testo riveduto e aggiornato della relazione tenuta al Convegno su *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, Università degli Studi del Molise, Dipartimento giuridico, 13 dicembre 2018.

<sup>1</sup> Così [Corte cost., sent. n. 167/1999](#), punto 6 del cons. in dir.

## 2. Alcuni presupposti epistemologici e teorici

Le argomentazioni che intendo qui sostenere muovono da alcuni assunti epistemologici e teorici.

Sul primo versante, si condivide la prospettiva dell'ontologia sociale secondo la quale le istituzioni giuridiche (come tutte quelle sociali) comporrebbero una realtà diversa da quella fisica ma pur sempre percepibile attraverso un'esperienza collettiva<sup>2</sup>. Gli "oggetti sociali", a differenza di quelli "fisici" e di quelli "ideali", sono costruiti ed esistono nella misura in cui gli uomini pensino che ci siano; tuttavia, essi hanno una collocazione temporale (con un inizio e una fine) e sono relativamente *inemendabili*, non risultando del tutto modificabili o cancellabili nella loro essenza (lo Stato, il Parlamento, il Governo, le leggi, ecc. non vengono meno per il solo fatto che un singolo soggetto o anche un gruppo di negazionisti li ignori o sia convinto della loro inesistenza)<sup>3</sup>. È, dunque, possibile rinvenire nella realtà sociale limiti oggettivi alla deriva ermeneutica cui conduce la visione postmoderna del «non ci sono fatti, ma solo interpretazioni»<sup>4</sup>, limiti che risiedono nella memoria collettiva e nei vari tipi di documenti che consentono la sopravvivenza degli stessi oggetti sociali.

Sul secondo versante, quello teorico, posto che la stessa Costituzione è un "oggetto sociale", condizionato dal contesto storico entro il quale trova collocazione, e che non è agevole individuare caratteristiche permanenti di tale oggetto nei diversi luoghi ed epoche in cui si è manifestato, appare, tuttavia, estrema la posizione di quella dottrina che, proprio in ragione di tale difficoltà, è giunta a sostenere che «l'unico enunciato di teoria generale che è lecito sviluppare attorno al concetto di "costituzione" è proprio che non ci sia un oggetto designabile con il nome di "costituzione" che abbia caratteristiche così precise ed univoche – ma, al tempo stesso, abbastanza ricche e significative – da rendere utile una sua trattazione in termini di teoria generale»<sup>5</sup>. Non sembra, infatti, del tutto preclusa e nemmeno inutile la possibilità di affrontare il concetto di Costituzione dal punto di vista della teoria generale del diritto, anche se la varietà di espressioni che l'oggetto in esame ha avuto potrebbe indurre a crederlo. Del resto, non si comprende il motivo per cui si continuerebbe a designare determinati oggetti con il *nomen* di "Costituzione" se le loro caratteristiche fossero talmente diverse da impedire di trovare analogie rilevanti e idonee a orientare l'interpretazione giuridica.

Al contrario, sembra che alcune caratteristiche comuni, riscontrabili nella dimensione del diritto positivo, rinvino a un determinato paradigma al quale si attaglia il nome di "Costituzione", un paradigma la cui considerazione appare ancora un riferimento imprescindibile per le dinamiche applicative del diritto. Benché la Costituzione non abbia, infatti, la persistenza degli "oggetti ideali", essa, come si è detto, è pur sempre un "oggetto sociale", esposto a trasformazioni ed evoluzioni, ma non per questo dipendente in via esclusiva dagli esiti contingenti dei conflitti interpretativi (riflessi di altrettanti conflitti tra interessi contrapposti) che si manifestano continuamente in seno alla società. O meglio: i conflitti tra interessi (e, dunque, tra interpretazioni) possono conferire nuovi significati alle disposizioni del testo costituzionale o rimuoverne di vecchi, ma non fanno venir meno il ruolo e la funzione della stessa Costituzione nell'ordinamento.

In tale prospettiva, sembra ancora possibile individuare qualche assunto di teoria generale utile a orientare l'indagine sui contenuti del testo costituzionale, il primo dei quali, ricavabile dall'analisi dei prodotti dei diversi formanti giuridici, consiste nella connotazione della Costituzione come *higher law*, ovvero, secondo i dettami della "dottrina Marshall", nella sua qualificazione come fonte

---

<sup>2</sup> Per un quadro cfr. P. DI LUCIA (a cura di), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata 2003.

<sup>3</sup> Si riprende qui, in particolare, l'ontologia di M. FERRARIS, *Inemendabilità, ontologia, realtà sociale*, in *Rivista di estetica*, n.s., 19 (1/2002), XLII, 160 ss.; ID., *Documentalità: ontologia del mondo sociale*, in *Ethics & Politics*, IX, 2007, 2, 240 ss.; ID., *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Roma-Bari 2014 (*e-book*); ID., *Le scienze sociali*, in ID. (a cura di), *Storia dell'ontologia*, Bompiani, Milano 2008, 475 ss. Sul tema, con particolare riguardo alla metodologia di studio delle forme di governo, sia consentito rinviare al mio *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, in *Federalismi.it*, 1/2017, spec. 6 ss.

<sup>4</sup> La massima è, com'è noto, di F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi 1885-1887*, in ID., *Opere*, vol. VIII, t. I, trad. it., Adelphi, Milano 1975, 299. Sul punto cfr. M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, Roma-Bari 2012.

<sup>5</sup> Così R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 1/20017, 11.

normativa superiore alla legge<sup>6</sup>. Un secondo assunto, corollario del primo, applicabile agli ordinamenti (come quello italiano) caratterizzati dalla vigenza di una Costituzione scritta, è il riconoscimento di efficacia giuridica a *tutto* il testo costituzionale, comprese ovviamente le sue disposizioni di principio<sup>7</sup>.

Tali assunti non richiedono lunghe e articolate dimostrazioni, essendo entrambi ricavabili induttivamente dall'osservazione delle concrete esperienze ordinamentali. La supremazia della Costituzione sulle altre fonti interne è, infatti, generalmente riconosciuta dagli operatori istituzionali: essa è rilevata sia dall'attività di commissioni e dalla previsione di meccanismi, interni agli stessi organi legislativi, utili a controllare la conformità a Costituzione degli atti normativi sia dalla predisposizione di sistemi di giustizia costituzionale che sanzionano le violazioni del testo costituzionale da parte delle leggi e degli atti aventi forza di legge. Inoltre, tutte le concezioni dottrinali della Costituzione – sia quelle che, seguendo i paradigmi classici del costituzionalismo moderno, attribuiscono al testo costituzionale la duplice funzione di legittimare e di assicurare il controllo del potere statale, attraverso la garanzia della separazione dei poteri e la tutela dei diritti fondamentali, sia quelle che, in una prospettiva funzionalista, assegnano alla Costituzione il compito di risolvere il conflitto politico al massimo livello<sup>8</sup> – concordano nel riconoscere alla stessa Costituzione il ruolo di fonte apicale dell'ordinamento.

Altri assunti di teoria generale dell'interpretazione da cui appare utile prendere le mosse attengono al linguaggio costituzionale. Su questo versante, si dà per presupposta, innanzitutto, la natura normativa dei principi costituzionali, anch'essa ormai da tempo riconosciuta dal legislatore, dalla giurisprudenza e dalla dottrina<sup>9</sup>. Le disposizioni di principio contenute nel testo costituzionale, laddove non siano reputate suscettibili di applicazioni dirette, sono normalmente intese come enunciati linguistici ispiratori di altre disposizioni legislative che ai primi intendono dare attuazione (peraltro, alcune di tali disposizioni legislative sono ritenute previsioni normative *costituzionalmente obbligatorie* o addirittura *a contenuto costituzionalmente vincolato*) e, al tempo stesso, fungono da parametri di legittimità delle fonti legislative nei giudizi di costituzionalità.

Si assume, infine, l'esistenza di *principi costituzionali inespressi*, ricavabili attraverso diverse possibili tecniche: l'induzione di norme generali da norme particolari; la formulazione di congetture sulle ragioni del legislatore, attraverso l'individuazione della *ratio* delle norme; l'elaborazione di una norma implicita, intesa come strumentale all'attuazione di un principio, e l'elevazione della suddetta

---

<sup>6</sup> Si fa riferimento ovviamente al ragionamento sviluppato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, presieduta dal giudice John Marshall, nella nota pronuncia del 1803 sul caso *Marbury v. Madison*, che pose le basi per lo sviluppo del *judicial review of legislation*. In base a tale ragionamento, se la Costituzione è la legge suprema, non modificabile con le procedure ordinarie, la legge che si ponga in contrasto con essa deve essere disapplicata: cfr. sul punto, per tutti, E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VI ed., Giappichelli, Torino 2018, 1 ss.; G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, *Storia, principi, interpretazione*, il Mulino, Bologna 2018, II ed., 23 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VI ed., Giappichelli, Torino 2019, 24 s.; *amplius* O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2014, 17 ss.

<sup>7</sup> Sulla necessità di riconoscere efficacia giuridica a tutte le disposizioni costituzionali e di rigettare le concezioni svalutative della portata normativa della Costituzione, in passato sostenute anche da orientamenti giurisprudenziali oggi superati, che facevano leva sulla distinzione tra “norme programmatiche” e “norme precettive” cfr., per tutti, P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Passigli Editori, Firenze 1946, e V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano 1952. Sul punto ora anche D. TEGA, *sub art. 2*, in F. CLEMENTI-L. CUOCOLO-F. ROSA-G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, *Principi fondamentali e Parte I – Diritti e doveri dei cittadini (Artt. 1-54)*, il Mulino, Bologna 2018, 21 s.

<sup>8</sup> Nella vastissima letteratura in tema, cfr., ad esempio, le diverse ricostruzioni di M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, 3/1998, 365 ss.; ID., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1643 ss.; R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., 11 ss.; A. RUGGERI, *Teorie e “usi” della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 3/2007, 519 ss.; G. BOGNETTI, *Che cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, *ivi*, 1/2008, 5 ss.; O. CHESSA, *Che cos'è la Costituzione? La vita del testo*, *ivi*, 1/2008, 41 ss.

<sup>9</sup> Sulla portata normativa dei principi costituzionali si rinvia ai contributi pubblicati in L. VENTURA-A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giuffrè, Milano 2015, e, per un quadro sulle teorie relative alla natura dei principi, A. SCERBO, *Regole e principi*, *ivi*, 63 ss.

norma implicita a principio<sup>10</sup>. Si tratta certamente di operazioni ermeneutiche che implicano l'esercizio di un'ampia discrezionalità e che, tuttavia, non per questo risultano indebite o inappropriate. Nella misura in cui non siano testualmente confutabili, esse consentono di produrre, infatti, *letture quantomeno possibili* del testo costituzionale, da cui scaturiscono principi ai quali gli operatori istituzionali possono riconoscere capacità normogenetica, nonché il ruolo di parametri di legittimità costituzionale delle fonti legislative. È quello che, a ben vedere, è successo con il principio personalista, il quale vige nel nostro ordinamento in quanto espressivo della stessa *ratio* sottesa agli artt. 2 e 3 Cost. (nella cui formulazione letterale, come si dirà, non si esaurisce l'intera portata semantica del principio medesimo); si tratta, dunque, di un principio inespresso, che, tuttavia, prescrive un dato strutturale dell'ordinamento costituzionale, attinente al rapporto tra autorità e libertà.

Non è qui possibile né, tantomeno, necessario ricostruire il dibattito costituente che condusse all'elaborazione degli artt. 2 e 3 della Costituzione, riguardo al quale si rinvia alla cospicua letteratura in materia<sup>11</sup>. È sufficiente notare che nella formulazione finale di tali disposizioni trova espressione un accordo faticosamente raggiunto dai Costituenti, i quali, com'è noto, erano ispirati da visioni ideologiche molto distanti, ma tra le quali non mancavano, tuttavia, punti di convergenza la cui valorizzazione consentì la fissazione di taluni capisaldi sul ruolo della persona umana e sul rapporto tra quest'ultima e l'autorità statale. Oltre alla comune ispirazione antifascista, si è fatto riferimento, in particolare, alla vocazione progettuale che animava, seppure da differenti punti di vista, le principali forze politiche rappresentate in Assemblea costituente, protese, pur attraverso percorsi diversi, alla realizzazione dell'"uomo nuovo", e alla convinzione del carattere contingente o comunque strumentale dello Stato, al quale il personalismo di matrice cattolica anteponeva il valore della persona umana, ma che, com'è noto, anche nella prospettiva marxista era destinato all'estinzione finale per opera del proletariato<sup>12</sup>. Dal confronto scaturì un testo che, quanto ai temi dei diritti, delle formazioni sociali e dei rapporti tra Stato e persona, mostrava una via diversa sia dall'organicismo totalitario sia dall'individualismo liberale.

### *3. Il principio personalista nella trama dell'ordinamento repubblicano*

Se si guarda alle declinazioni del principio personalista nella giurisprudenza della Corte costituzionale, si rileva, innanzitutto, come da tale principio si sia fatto derivare il vincolo per i pubblici poteri di tutelare i diritti inviolabili e la dignità umana anche a fronte d'interessi della collettività meritevoli di primaria attenzione, come la sicurezza e l'incolumità pubblica. Così, ad esempio, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione del codice penale che non consentiva al giudice, nei casi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale, il Giudice delle leggi ha affermato che le misure di sicurezza nei riguardi degli infermi di mente incapaci totali «in tanto si giustificano, in un ordinamento ispirato al principio personalista (art. 2 della Costituzione), in quanto rispondano contemporaneamente a entrambe queste finalità, collegate e non scindibili [...], di cura e tutela dell'infermo e di

---

<sup>10</sup> Così, quasi testualmente, R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano 2004, 209-211.

<sup>11</sup> Cfr. almeno A. BARBERA, *sub art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali, Art. 1-12*, Zanichelli-Soc. ed. del Foro it., Bologna-Roma 1975, 50 ss.; E. ROSSI, *sub art. 2*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino 2006, 39 ss.; P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, IV ed., Giappichelli, Torino 2017, 83 ss.; G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE-C. CARUSO-S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, FrancoAngeli, Milano 2018, 97 ss.; D. TEGA, *sub art. 2*, cit., 21 ss.

<sup>12</sup> G. D'AMICO, *Stato e persona*, cit., 101 ss.

contenimento della sua pericolosità sociale. Un sistema che rispondesse ad una sola di queste finalità (e così a quella di controllo dell'infermo "pericoloso"), e non all'altra, non potrebbe ritenersi costituzionalmente ammissibile»<sup>13</sup>. Il principio personalista sembra, dunque, fungere da criterio atto a orientare i bilanciamenti tra principi costituzionali, i quali, proprio in forza di tale assunto, non possono far prevalere presuntivamente le esigenze della collettività, della moltitudine, sui diritti fondamentali del singolo.

Una seconda, non meno importante, declinazione del principio attiene al rapporto tra persona e formazioni sociali intermedie, all'essere «*homme situé*» del soggetto, secondo la celebre formula di Georges Burdeau, che sintetizza la prospettiva entro la quale i Costituenti tradussero la stessa socialità della persona, intesa nella sua complessità e nel suo dinamismo<sup>14</sup>. Da tale punto di vista, oltre alla dimensione dei diritti, rileva quella dei doveri inderogabili di solidarietà, pure richiamata dall'art. 2 Cost.<sup>15</sup>.

Si tratta di una prospettiva che emerge, ad esempio, in una recente pronuncia in cui il principio personalista è stato evocato dalla Corte per argomentare una lettura costituzionalmente orientata dell'istituto giuridico dell'amministrazione di sostegno. Al riguardo, si è chiarito che il beneficiario di amministrazione di sostegno conserva la sua capacità di donare, a meno che il giudice tutelare, anche d'ufficio, ritenga di limitarla (nel provvedimento di apertura dell'amministrazione di sostegno o in occasione di una sua successiva revisione) tramite l'estensione, con esplicita clausola, del divieto previsto dal codice civile per l'interdetto e l'inabilitato: «Una tale interpretazione – hanno precisato i giudici di Palazzo della Consulta – risponde del resto al principio personalista, affermato anzitutto dall'art. 2 Cost., che tutela la persona non solo nella sua dimensione individuale, ma anche nell'ambito dei rapporti in cui si sviluppa la sua personalità: rapporti che richiedono senz'altro il rispetto reciproco dei diritti, ma che si alimentano anche grazie a gesti di solidarietà [...]. Nell'architettura dell'art. 2 Cost. l'adempimento dei doveri di solidarietà costituisce un elemento essenziale tanto quanto il riconoscimento dei diritti inviolabili di ciascuno, sicché comprimere senza un'obiettiva necessità la libertà della persona di donare gratuitamente il proprio tempo, le proprie energie e, come nel caso in oggetto, ciò che le appartiene costituisce un ostacolo ingiustificato allo sviluppo della sua personalità e una violazione della dignità umana»<sup>16</sup>.

Da tali pronunce emerge l'idea dell'*imprescindibilità* della persona umana (di ogni persona umana) nella definizione delle risposte dei pubblici poteri alle domande sociali. La persona alla quale si fa riferimento è l'essere umano visto nella sua concretezza e nella varietà delle sue espressioni ed esigenze, inteso tanto come individuo quanto come componente delle formazioni sociali entro le quali trova sviluppo la sua personalità. L'art. 2 non traduce suggestioni giusnaturaliste né fa riferimento a un'idea astratta, eterea di persona<sup>17</sup>. Il principio personalista non prescrive, d'altro canto, un generico

<sup>13</sup> Così [Corte cost., sent. n. 253/2003](#), punto 2 del cons. in dir.

<sup>14</sup> Cfr. soprattutto G. BURDEAU, *Traité de science politique*, VII, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1973, 37 ss.

<sup>15</sup> Nell'ampia letteratura sui doveri inderogabili di solidarietà, cfr. almeno F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002; R. BALDUZZI-M. CAVINO-E. GROSSO-J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006, Giappichelli, Torino 2007; F. RETUS, *Il principio di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Giappichelli, Torino 2011, 819 ss.; F. POLACCHINI, *Il principio di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Giappichelli, Torino 2013, 227 ss.; ID., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014, spec. 11 ss.; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in [www.costituzionalismo.it](#), 1/2016, 1 ss.; P. CHIARELLA, *Solidarietà e diritti sociali. Aspetti di filosofia del diritto e prassi normative*, Wolters Kluwer-Cedam, Milanofiori Assago (MI) 2017; A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2017; ID., *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Dir., imm., citt.*, 2/2019, e, se si vuole, il mio *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in L. VENTURA-A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, cit., 305 ss.; nonché i contributi in corso di pubblicazione in *Dir. cost.*, 2/2019, dedicato ai *Doveri costituzionali*.

<sup>16</sup> Così [Corte cost., sent. n. 114/2019](#), punto 4 del cons. in dir.

<sup>17</sup> Cfr., in tal senso, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale, Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, III ed., Cedam, Padova 2003, 5; P. CARETTI-G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, cit., 180 s.

dovere di tenere conto delle ragioni dell'individuo a fronte di quelle della collettività, ma postula un *criterio di preferenza per la garanzia dei diritti e per la salvaguardia della socialità di ogni appartenente alla specie umana, anche nelle sue declinazioni deontiche, rispetto alle volizioni della collettività*. Il che ovviamente non significa che gli interessi del primo debbano prevalere incondizionatamente su quelli della seconda, ma che esiste una *presunzione relativa* di precedenza e di superiorità dei diritti fondamentali della persona e dei doveri inderogabili di solidarietà, superabile temporaneamente solo in presenza di circostanze straordinarie.

Tale lettura trova conferma in diversi altri luoghi del testo costituzionale: nell'attribuzione, prevista dall'art. 3, comma 2, Cost. alla Repubblica del compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che impediscono il pieno sviluppo della persona umana; nell'insistenza sulla «inviolabilità» dei diritti della persona (ribadita dagli artt. 13, 14, 15 e 24, comma 2, Cost., rispettivamente in riferimento alla libertà personale, alla libertà di domicilio, alla libertà e alla segretezza della corrispondenza e al diritto di difesa); nelle previsioni, al riguardo emblematiche, contenute nell'art. 32 Cost., il quale riconosce la salute prima come «fondamentale diritto dell'individuo» e poi come «interesse della collettività», e precisa che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» e che comunque «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana».

Se il principio personalista prescrive l'antiorità della persona umana alle ragioni della collettività, una prima importante conseguenza è che *non tutti i beni giuridici sono bilanciabili*, o per lo meno non tutti sono bilanciabili allo stesso modo.

In dottrina si è sostenuto che ogni progresso nella tutela di un diritto avrebbe un contrappeso, provocando «la regressione della tutela di un altro diritto o di un altro interesse»; così, ad esempio, il diritto del proprietario di recintare il proprio fondo limiterebbe il diritto di circolazione degli altri individui e il diritto di portare armi comporterebbe una riduzione della sicurezza della collettività<sup>18</sup>. In buona sostanza, ogni ampliamento delle garanzie di un diritto comporterebbe automaticamente una diminuzione delle tutele di un altro, ma, proprio per questo, ogni limitazione di un diritto costituzionale *dovrebbe* essere giustificata dall'ampliamento della garanzia di un bene di pari grado.

Come la stessa dottrina appena richiamata non manca di rilevare, tuttavia, occorre chiarire quali beni possano essere bilanciati, tracciando la «topografia del conflitto»<sup>19</sup>. In merito, si può rilevare che se è vero che il compito di definire i bilanciamenti tra interessi spetta primariamente al legislatore, mentre la Corte costituzionale deve verificare la compatibilità dei suddetti bilanciamenti con il testo costituzionale, è anche vero che alcune scelte fondamentali, relative ai beni che possono essere inclusi nel gioco dei bilanciamenti, si rinvengono già nella Costituzione. Il criterio di preferenza posto dal principio personalista ha, infatti, una diretta ricaduta sulle dinamiche dei bilanciamenti costituzionali, collocando, per così dire, un maggior peso sul piatto della bilancia sul quale poggiano i diritti fondamentali. Da tale punto di vista, il principio di «massima espansione delle libertà costituzionali», formulato da un'autorevole dottrina<sup>20</sup> e più di recente applicato dalla giurisprudenza costituzionale – soprattutto a partire dalla nota [sent. n. 317/2009](#) – alla materia dei rapporti tra Costituzione, CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>21</sup>, non appare inaccettabile perché irrispettoso del

---

<sup>18</sup> R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, 33 s.

<sup>19</sup> *Ivi*, 35.

<sup>20</sup> Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna 1984, 41.

<sup>21</sup> Sul punto ha molto insistito A. RUGGERI in numerosi suoi scritti, tra i più recenti dei quali si ricordano *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppure precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e un paio di proposte per un ragionevole compromesso*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 1/2018, 7 ss. e, *ivi*, 2/2019, *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, 35 ss.; *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudizi nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in [Osservatorio AIC](#), 1/2018; *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 3/2019, 507 ss.

La letteratura in tema è comunque molto vasta; tra i tanti contributi, si rinvia almeno a R. CONTI, *sub art. 53*, in G. BISOGNI-G. BRONZINI-V. PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Chimenti Editore, Taranto 2009, 639 ss.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*.



gioco «a somma zero» nel quale si tradurrebbe la dialettica dei diritti e dei principi di rilevanza costituzionale<sup>22</sup>. E ciò perché non tutti i beni indirettamente riconducibili a norme costituzionali hanno pari dignità nel gioco dei bilanciamenti. Inoltre, com'è stato rilevato, tale principio è adesso ricavabile sia dall'art. 53 della CEDU, a norma del quale nessuna delle disposizioni della medesima Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi, sia dall'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui nessuna disposizione della stessa Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri<sup>23</sup>.

Semmai, il limite del canone della massima espansione delle libertà è quello di offrire una rappresentazione sbilanciata, a discapito dei doveri, del principio personalista; si tratta, tuttavia, di un limite che dipende sia dai contenuti delle Carte sopra richiamate, sia dalle funzioni e dai meccanismi di accesso della giurisdizione costituzionale e, ancor più, di quelle sovranazionali e internazionali, strutturalmente idonee ad assicurare la garanzia dei diritti, ma non l'adempimento dei doveri. Il principio personalista prescrive che il ruolo di *trump cards*<sup>24</sup>, di carte vincenti sul tavolo dei conflitti tra interessi sociali contrapposti, spetti alle espressioni costituzionalmente riconosciute della personalità umana: diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà. Il canone della «somma zero» dovrebbe applicarsi alla sola cerchia dei diritti e dei principi fondamentali costituzionalmente riconosciuti e garantiti, ogni limitazione dei quali dovrebbe essere sempre giustificata, in base al predetto criterio, dall'espansione delle garanzie di altri diritti e principi di pari rango costituzionale.

---

*Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013, 159 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, 1 ss.; G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in A. PIN (a cura di), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO-M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. PANZERA, [Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali](#), in questa [Rivista, Studi, 2015/II](#), 492 ss.; A. SPADARO, [Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL](#), [ivi](#), 504 ss.; ID., *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in L. D'ANDREA-G. MOSCHELLA-A. RUGGERI-A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, Torino 2016, spec. 55 ss.; C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, [ivi](#), 217 ss.; L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, [ivi](#), 314 ss.; L. CAPPUCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 412 ss.; A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli 2017, 111 ss.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, spec. 12 ss.; M. CONDINANZI-P. IANNUCELLI, *sub art. 53*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2017, 1085 ss.; A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. 222 ss.; N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in [Diritti Comparati](#), 3/2017; ID., *Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2018; F. DE VANNA, *I 'controlimiti' tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in [Federalismi.it](#), 23/2017.

<sup>22</sup> ... come invece sostiene R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., spec. 63 ss.

<sup>23</sup> Cfr., in tal senso, A. RUGGERI, nelle repliche alle risposte date da R. BIN nell'intervista fatta ad entrambi da R. CONTI: *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna? Le repliche e le conclusioni*, in [Giustizia Insieme](#), 10 aprile 2019 (e *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna? Le risposte*, [ivi](#), stessa data).

<sup>24</sup> Si riprende qui la nota formula impiegata, a proposito dei diritti, da R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1977, trad. it. *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna 1982, 171 ss.

Il vincolo della «somma zero» non potrebbe essere esteso al punto da includere la protezione di altri interessi pubblici, privi di copertura costituzionale al massimo livello (come, ad esempio, la sicurezza). La protezione di tali interessi non potrebbe giustificare limitazioni permanenti dei diritti fondamentali, che potrebbero essere tollerate solo in quanto caratterizzate dal requisito della straordinarietà e, dunque, della temporaneità.

Il riconoscimento dell'antioriorità della persona e della funzionalizzazione delle istituzioni pubbliche alle esigenze di quest'ultima è un principio che si proietta non soltanto sui bilanciamenti costituzionali, ma pervade tutto l'ordinamento repubblicano, trovando espressione, come si è accennato, anche sul piano della teoria delle fonti e dei rapporti tra gli ordinamenti, su quello della giustizia costituzionale e della giurisdizione in genere, su quelli della forma di Stato e della forma di governo e, in definitiva, sulla stessa teoria della Costituzione<sup>25</sup>.

#### 4. *Principio personalista vs. mentalità populista*

Il principio personalista impone di *prendere sul serio* la natura umana, nella sua varietà e complessità, connotati qui intesi come fonti di ricchezza e non come anomalie da combattere ed eliminare. Sviluppo consequenziale del suddetto principio è, pertanto, il pluralismo<sup>26</sup>, che trova già un implicito riconoscimento nello stesso riferimento, contenuto nell'art. 2 Cost., alle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo, ed è poi specificamente tradotto nelle previsioni normative che affidano alla Repubblica il compito di riconoscere e promuovere le autonomie locali (art. 5); che assicurano la tutela delle minoranze linguistiche (art. 6); che riconoscono l'eguale libertà delle confessioni religiose (art. 8); che impegnano la Repubblica a promuovere lo sviluppo della cultura (art. 9); che riconoscono i diritti della famiglia (art. 29); che garantiscono la libertà dell'organizzazione sindacale (art. 39); che riconoscono il ruolo dei partiti politici (art. 49), e così via.

Anche l'organizzazione istituzionale delineata dalla Carta repubblicana riflette la medesima ispirazione e rifugge ogni declinazione in senso monista, orientata da un unico principio di legittimazione<sup>27</sup>. È vero che l'art. 1, comma 2, Cost. attribuisce al popolo la sovranità, ma chiarisce subito che essa debba esercitarsi nelle forme e nei limiti della Costituzione; inoltre, l'art. 11 prevede che l'Italia consenta, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni. E ancora, se, da un lato, il primo comma dell'art. 101 Cost. stabilisce che la giustizia sia amministrata in nome del popolo, dall'altro lato, il secondo comma del medesimo articolo sancisce che i giudici sono soggetti soltanto alla legge e l'art. 106, comma 1, che le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso. Alla composizione della Corte costituzionale concorrono, poi, i vari poteri dello Stato (il Presidente della Repubblica, il Parlamento in seduta comune, le supreme magistrature ordinaria e amministrativa), mentre lo stesso Capo dello Stato, eletto dal Parlamento in seduta comune in composizione integrata dai delegati regionali, non rappresenta i parlamentari, ma l'unità nazionale (art. 87, comma 1). Insomma, un sistema articolato di pesi e contrappesi, la cui legittimazione non deriva soltanto dal meccanismo delle elezioni e dal circuito rappresentativo. La democrazia pluralista presuppone, piuttosto, una molteplicità di fonti di giustificazione del potere, tra le quali un ruolo importante è riconosciuto alla legittimazione tecnico-scientifica (che invece è il bersaglio della propaganda populista, in quanto vista come espressione di un potere oligarchico).

---

<sup>25</sup> Così A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in L. VENTURA-A. MORELLI (a cura di), *Principi costituzionali*, cit., 167 ss.

<sup>26</sup> Su cui si rinvia ora a F.R. DE MARTINO, *L'attualità del principio pluralista come problema*, in *Rivista AIC*, 2/2019.

<sup>27</sup> Ha particolarmente insistito sulla pluralità di forme di legittimazione del potere nella democrazia costituzionale A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994; ID., *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, Giappichelli, Torino 2005, 569 ss.; in tema v. anche L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005, 271 ss.

L'esperienza storica del totalitarismo, dalla cui ferma negazione muove il dettato costituzionale, mostra come un ordinamento connotato da un unico totalizzante principio di legittimazione tenda a sopraffare le libertà individuali e la dignità umana. Benché, com'è stato messo in luce<sup>28</sup>, gli odierni movimenti populistici presentino notevoli differenze rispetto ai totalitarismi del XX secolo, anch'essi, come i primi, mostrano un'ispirazione monista e riduzionista che appare radicalmente incompatibile con lo spirito pluralista della Costituzione repubblicana.

Diverse sono le esperienze ricondotte alla variegata categoria del populismo (da quello russo a quello statunitense a quello dell'America Latina ai più recenti movimenti europei) e la letteratura in materia è molto ampia, così come innumerevoli sono state le proposte ricostruttive del fenomeno<sup>29</sup>. La maggior parte delle quali concorda sulla ricorrenza di alcuni tratti qualificanti quella che è stata definita la *forma mentis* populista<sup>30</sup>: l'*esaltazione acritica del popolo*, inteso in senso olistico come un'entità organica, unitaria e dotata di un valore superiore rispetto a quello della somma dei suoi singoli elementi; l'*anti-elitarismo*, l'opposizione alle oligarchie dominanti, variamente identificate; l'*anti-pluralismo* e la *visione moralistica della politica*<sup>31</sup>.

I populistici muovono dal riconoscimento dell'esistenza di un popolo *naturalmente* privo di articolazioni interne (sono totalmente estranee alla mentalità populista l'idea della divisione in classi o altri schemi rappresentativi della complessità sociale) e, al tempo stesso, moralmente superiore, per definizione, alle corrotte oligarchie economiche, politiche e culturali. Queste ultime, nella narrazione populista, tengono diviso il popolo stesso attraverso i continui conflitti tra i partiti politici (strumenti delle stesse oligarchie) e lo vessano paralizzando gli organi e gli istituti della democrazia

<sup>28</sup> Cfr. E. GENTILE, *Chi è fascista*, Laterza, Bari-Roma 2019, 122, il quale nota che movimenti populistici, oggi accusati di essere fascisti, «sono anzi gli oltranzisti del metodo democratico, fino a esigere la democrazia diretta». Sul tema cfr. ora anche F. FINCHELSTEIN, *From Fascism to Populism in History*, University of California press, Oakland 2017, trad. it. *Dai fascismi ai populismi. Storia, politica e demagogia nel mondo attuale*, Donzelli, Roma 2019.

<sup>29</sup> Nella sterminata letteratura in materia, cfr. almeno le ricostruzioni di L. ZANATTA, *Il populismo*, Carocci, Roma 2013; F. CHIAPPONI, *Il populismo nella prospettiva della scienza politica*, Erga Edizioni, Genova 2014; R. CHIARELLI (a cura di), *Il populismo tra storia, politica e diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2015; M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, II ed., il Mulino, Bologna 2015; L. INCISA DI CAMERANA, *Populismo*, e D. GRASSI, *Il neopopulismo*, entrambi in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO, *Dizionario di Politica*, nuova ed. agg., UTET, Torino 2016, rispettivamente 732 ss. e 737; J.-W. MÜLLER, *What is Populism?*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016, trad. it. *Cos'è il populismo?*, Università Bocconi Editore, Milano 2017; M. ANSELMINI, *Populismo. Teorie e problemi*, Mondadori, Milano 2017; D. PALANO, *Populismo*, Editrice Bibliografica, Milano 2017; M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino 2017; P. GRAZIANO, *Neopopulismi. Perché sono destinati a durare*, il Mulino, Bologna 2018; F. FINCHELSTEIN, *From Fascism to Populism in History*, cit. Interessanti riflessioni sul caso italiano anche in M. MOLINARI, *Perché è successo qui. Viaggio all'origine del populismo italiano che scuote l'Europa*, La nave di Teseo, Milano 2018.

Su populismo e costituzionalismo cfr., tra gli altri, G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, e A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo. (Sulla cd. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, entrambi in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, V, Jovene, Napoli 2009, rispettivamente 1991 ss. e 2007 ss.; C. PINELLI, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Dem. dir.*, 3-4/2010, 29 ss., e, *ivi*, L. CEDRONI, *Democrazia e populismo*, 38 ss., e L. VIOLANTE, *Appunti per un'analisi del populismo giuridico*, 107 ss.; V. COCOZZA, *Popolo, popolazione, populismo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Giappichelli, Torino 2016, 636 ss.; L. CORRIAS, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *European Constitutional Law Review*, 1/2016, 6 ss.; gli Atti del XXXII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, svoltosi a Modena il 10-11 novembre 2017, pubblicati in *Annuario 2017. Democrazia, oggi*, Editoriale scientifica, Napoli 2018; G. MARTINICO, *Populismo e democrazia costituzionale: l'attualità della lezione canadese*, in *Ordines*, 1/2018, 53 ss.; G. ALLEGRI-A. STERPA-N. VICECONTE (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Editoriale scientifica, Napoli 2019; E. CUKANI, *Un gioco di specchi: l'Unione europea e le autonomie, tra sovranismi e populismi*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019; e, se si vuole, il mio [La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/I](#), 97 ss.

<sup>30</sup> Cfr. M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, cit., spec. 50 ss.; tale Autore definisce il populismo come «la mentalità che individua il popolo come una totalità organica artificialmente divisa da forze ostili, gli attribuisce naturali qualità etiche, ne contrappone il realismo, la laboriosità e l'integrità all'ipocrisia, all'inefficienza e alla corruzione delle oligarchie politiche, economiche, sociali e culturali e ne rivendica il primato, come fonte di legittimazione del potere, al di sopra di ogni forma di rappresentanza e di mediazione» (*ivi*, 77).

<sup>31</sup> Su tali caratteri sinteticamente ora J.-W. MÜLLER, *What is Populism?*, cit., 6 ss.

rappresentativa. Il populista si ritiene (ed è percepito dai suoi seguaci) come il solo rappresentante legittimo del popolo<sup>32</sup>.

Al di là delle differenze riscontrabili tra le varie espressioni che il populismo ha avuto nei diversi Paesi, tutte le declinazioni della mentalità populista appaiono accomunate da un'evidente ispirazione riduzionistica, che si coglie nella traduzione delle dinamiche politico-sociali in conflitti tra popolo e oligarchie. I paradigmi che caratterizzano le visioni populiste della politica e del diritto sono implicazioni di tale orientamento: la concezione olistica del popolo, la supremazia della democrazia diretta su quella rappresentativa, l'idea che possa darsi una sola voce istituzionale del popolo stesso (sia essa quella di un leader politico o di un giudice illuminato).

Il populismo pretende d'imporre una semplificazione istituzionale drastica, non tollerando forma alcuna di limitazione della sovranità popolare. La quale è, poi, identificata, nei fatti con la volontà della maggioranza politica.

La limitazione giuridica del potere politico è, dal punto di vista dei populistici, semplicemente un non senso, poiché se il potere è detenuto illegittimamente (dalle oligarchie corrotte, dai "poteri forti"), esso non va limitato ma combattuto e restituito al suo legittimo titolare: il popolo sovrano; se, al contrario, quest'ultimo è già nelle condizioni di poter esercitare il potere, nessuna limitazione può giustificarsi, data l'asserita superiorità morale del popolo su tutti coloro che, per un motivo o per l'altro, non ne facciano parte (stranieri, componenti delle oligarchie e delle caste corrotte, ecc.).

La «mentalità populista» non consente di accettare il pluralismo e ancor meno di considerarlo come un valore da preservare; esige, piuttosto, una legittimazione monistica, non concependo titoli di giustificazione del potere diversi dalla mera investitura plebiscitaria<sup>33</sup>.

##### *5. Principio personalista e complessità sociale: i rischi del riduzionismo populista*

Al di là delle specifiche traduzioni che il populismo può trovare nei diversi contesti politico-sociali, esso tende sempre verso forme estremamente semplificate di organizzazione istituzionale, concependo, in genere, la rappresentanza politica come un rapporto di *rappresentazione simbolico-identitaria*<sup>34</sup>. Il distacco tra governanti e governati, nell'immaginario politico populista, tende ad assottigliarsi fino quasi al punto di azzerarsi del tutto. Le stesse istituzioni rappresentative finiscono con l'essere percepite come un male necessario, mentre sono esaltate e promosse forme di esercizio immediato della sovranità popolare: si pensi, oltre ai diversi strumenti di partecipazione istituzionale, anche alle forme atipiche di partecipazione, consentite oggi dall'impiego delle tecnologie telematiche.

Scompare, nella narrazione populista, l'idea stessa di democrazia come mediazione e compromesso e si esalta, al contrario, il valore del «conflitto divisivo», il che, com'è stato scritto, significa rinunciare a un'idea della democrazia come «regime funzionale alla ricerca incessante del bene comune»<sup>35</sup>. L'attacco del Movimento 5 Stelle al divieto di mandato imperativo è, in tal senso, emblematico<sup>36</sup>, ma nella medesima prospettiva possono leggersi anche altre proposte di riforma volte

---

<sup>32</sup> *Ivi*, 7.

<sup>33</sup> Sulla pluralità di forme di legittimazione del potere nella democrazia costituzionale cfr. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994; ID., *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALLOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004, Giappichelli, Torino 2005, 569 ss.; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005, 271 ss.

<sup>34</sup> Sui rischi di degenerazione della democrazia rappresentativa per effetto dell'affermarsi del populismo e del nazionalismo cfr. ora A. RUGGERI, *"Forma di governo" e "sistema dei partiti": due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?*, Relazione introduttiva alla Giornata di studio in onore di L. Ventura su *Forma di governo e sistema dei partiti*, Catanzaro 7 dicembre 2018, in questa *Rivista, Studi*, 2018/III, 599 ss.

<sup>35</sup> Così M. DELLA MORTE, *La difficile ricostruzione di un lessico rappresentativo*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2017, 7.

<sup>36</sup> In tema sia consentito rinviare anche al mio *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018.

a semplificare drasticamente l'assetto istituzionale, come, ad esempio, la riduzione del numero dei parlamentari.

A un analogo processo di ridimensionamento il populismo tende a sottoporre il sistema delle garanzie: lo si vede, ad esempio, nel sistematico attacco mosso dai populistici alle sentenze ad essi sgradite, immancabilmente definite come "politiche", come segni di un esercizio abnorme della funzione giurisdizionale, o nelle riforme – tutte protese alla neutralizzazione degli stessi organi giudiziari – approvate in alcuni Paesi dell'Est europeo, guidati da Governi populistici<sup>37</sup>.

L'ispirazione antipluralista e riduzionista del populismo rende quest'ultimo irrimediabilmente incompatibile con la vocazione personalista dell'ordinamento repubblicano, che non tollera, come si è detto, alcuna mutilazione dell'assetto istituzionale che possa tradursi in un sacrificio di esigenze primarie della persona umana. Il riconoscimento di un soggetto istituzionale come l'*autentico* "portavoce" della volontà popolare finisce, da un lato, con il rimettere alla "sensibilità" di tale soggetto (e della maggioranza acclamante che lo supporta) la tutela dei diritti degli individui e delle minoranze e, dall'altro lato, con il conferire agli organi di garanzia il ruolo di meri attuatori della stessa volontà del decisore politico.

Animato da un'antropologia ottimistica e da una fede incrollabile nelle virtù del popolo sovrano, il populismo supera, inoltre, la profonda convinzione, fatta propria dallo Stato costituzionale contemporaneo, secondo cui il diritto positivo non si traduce nella legge del più forte (anche se legittimato dalla volontà della maggioranza), ma, al contrario, in quella del più debole<sup>38</sup>. In tale aspetto si può cogliere probabilmente la massima distanza tra la mentalità populista e il principio personalista che ispira e informa la trama istituzionale dell'ordinamento repubblicano: il populismo, con la sua visione totalizzante e manichea, appare incapace di cogliere la complessità sociale, di percepire le differenti condizioni in cui versano gli individui, e risulta estraneo soprattutto alla pretesa ideale di assicurare davvero a tutti, anche ai più deboli, le condizioni idonee a consentire il pieno sviluppo della persona umana.

---

<sup>37</sup> Cfr. in tema, tra gli altri, M. VOLPI, *La nuova Costituzione ungherese: una democrazia dimezzata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2012, 1013 ss.; M.P. IADICICCO, *Il rispetto del principio democratico da parte degli Stati europei: quale ruolo per l'Unione europea?*, in *Rivista AIC*, 3/2012; F. VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Cedam, Padova 2013; L. BELLUCCI, *La sindrome ungherese in Europa. Media, diritto e democrazia in un'analisi di Law and Politics*, Giuffrè, Milano 2018; G. HALMAI, *How the EU Can and Should Cope with Illiberal Member States*, in *Quad. cost.*, 2/2018, 313 ss.; M. MIŻEJEWSKI, *La crisi della democrazia in Polonia*, in *Federalismi.it*, 22/2018; G. POGGESCHI, *Il cosiddetto pacchetto legislativo "stop-Soros" e la nuova revisione costituzionale ungherese: un altro passo (xenofobo) verso il consolidamento di una "democrazia illiberale"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2018, 7 ss.; J. SAWICKI, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, FrancoAngeli, Milano 2018; M.A. ORLANDI, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2019, 167 ss.

<sup>38</sup> Nella dimensione della democrazia costituzionale, come ha affermato L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, conversazione con M. Barberis, il Mulino, Bologna 2013, 45, sono «leggi del più debole – in alternativa alla legge del più forte che vigerebbe in loro assenza – tutti i diritti fondamentali, costituzionalmente stabiliti, sia di libertà sia sociali, nonché le loro garanzie, sulla cui base si legittimano i diversi rami del diritto: dal diritto penale – che tutela il più debole che nel momento del reato è la vittima, nel momento del processo è l'imputato, e nel momento dell'esecuzione penale è il condannato – al diritto del lavoro, al diritto di famiglia, al diritto pubblico, al diritto internazionale, che tutelano le parti deboli dei rapporti economici, familiari, sociali, politici e militari. Perfino il diritto di proprietà è la legge del debole contro la forza di chi potrebbe appropriarsi dei suoi beni con la violenza».

**Paolo Carnevale**  
**Incappare in... *Cappato***  
**Considerazioni di tecnica decisoria sull'[ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale](#)\* \*\***

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La “forma” della pronunzia e le sue novità – 3. Le formule decisorie alternative – 4. Era nella disponibilità della Corte? – 5. Il rinvio condizionato al legislatore – 6. *Segue*: i possibili riflessi sulla ripresa del giudizio in relazione alle diverse ipotesi prefigurabili – 7. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa.*

Vicenda assai complessa ed intricata quella sottoposta all’esame della Corte costituzionale e oggetto dell’[ordinanza n. 207 del 2018](#) intorno alla quale siamo chiamati a offrire le nostre considerazioni.

A concorrere a questa sua problematicità una pluralità di ragioni che si radicano nella estrema delicatezza della “materia”, sia nella sua natura poliedrica di crogiuolo di molteplici esigenze che nella rispettiva gravità delle stesse, nella inedita formula (non) decisoria prescelta dal giudice delle leggi, nella dinamica prospettica del *dictum* del giudice delle leggi che schiude scenari assai interessanti nei rapporti con giudici e legislatore, ma al contempo apre ad esiti difficilmente prevedibili.

A corroborare questa aura di complessità anche l’elemento – “tutto esterno” rispetto a quelli appena richiamati – del carico di commenti che l’ha in questi mesi quasi sommersa, depositando su di essa una spessa coltre con cui chi vi si voglia avvicinare deve fare i conti per poterla raggiungere. Certo, a giustificare tutto ciò non poco ha contribuito – specialmente per i costituzionalisti – la novità assoluta della pronuncia della Corte, cui pure magari possono essersi aggiunti fattori endemici rappresentati dalla panoplia di megafoni oggi offerti alla voce del giurista e dalla dinamica quantitativa che domina la produzione scientifica oramai assoggettata a “mediane”.

Mi viene tuttavia da pensare che, accanto a questi, un peso possa averlo avuto per gli studiosi – stante la natura latente del *decisum* – l’inedita *inebriante* sensazione, non più soltanto dell’annotare *ex post*, ma del poter (pensare di) partecipare *ex ante* alla costruzione del “finale di partita”, immaginandosi *medio tempore* nelle protagoniste vesti non solo dell’*amicus curiae* ma persino del consigliere del legislatore. Insomma, passare immaginificamente dalla sedia di platea o, meglio, dallo studio del critico, alla buca del suggeritore di una commedia provvista più che di un copione di un canovaccio.

Il fatto è però che la mole degli interventi dei vari commentatori – ciascuno dei quali teso, in vario modo, a cogliere aspetti ed evidenziare profili della pronunzia – reca con sé il rischio, da un verso, di generare nell’interessato un senso di disorientamento e smarrimento simile a quello recato dal flusso eccessivo di informazioni in colui che intenda conoscere alcunché; dall’altro, di invischiarlo in una rete in cui può alla fine restare impigliato, per finire così dimentico proprio dell’oggetto principale della sua indagine, sentendosi un po’ come il Vincenzo Monti dileggiato da Ugo Foscolo col sarcastico epiteto di “gran traduttore dei traduttori d’Omero”.

È questo il sentimento provato dal sottoscritto nel momento in cui, sollecitato dalla presente occasione, s’è determinato ad aggiungere il proprio filo alla avviluppata matassa, verosimilmente per renderla ulteriormente aggrovigliata. Non poche volte, infatti, irretito dai molti commenti, ho sentito il bisogno di tornare al testo dell’[ordinanza della Corte costituzionale](#) da cui temevo di essermi troppo allontanato. Che questo mi abbia giovato o meno non so dire, lo potrà valutare chi avrà la pazienza di leggere le mie considerazioni.

---

\* Il titolo si deve al sottoscritto. Dei puntini e del corsivo sono, invece, debitore ad un suggerimento di Antonio Ruggeri, cui devo rendere merito per la significativa miglioria apportata.

\*\* Testo rielaborato della Relazione tenuta al Seminario di studi “Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte Costituzionale”, tenuto a Roma il 17 luglio 2019 presso la Camera dei Deputati.

## 2. La “forma” della pronunzia e le sue novità.

In questa mia relazione, vorrei limitarmi a trattare della tecnica decisoria di cui è espressione la pronunzia in esame e non già del merito della(e) questione(i) di legittimità costituzionale sottoposta(e) alla Corte, relativa alla costituzionalità in sé della previsione dell’art. 580 del codice penale in tema di aiuto al suicidio: l’unica trattata nella pronunzia in esame<sup>1</sup> (che non si occupa, invece, dell’altra *quaestio* sollevata dal giudice, riguardante l’illegittima parità di trattamento sul piano sanzionatorio fra le due figure dell’aiuto e dell’istigazione al suicidio contemplate nel medesimo art. 580).

Ciò ovviamente nella misura in cui la demarcazione risulti possibile<sup>2</sup>.

Innanzitutto, la forma: si tratta di un’[ordinanza](#) decisamente *sui generis*. È provvista, infatti, di struttura tipica – articolata, com’è, la motivazione in un *Ritenuto in fatto* e un *Considerato in diritto* – e densità della motivazione – tutt’altro che “succinta” *ex art. 18 l. n. 87 del 1953* – proprie delle decisioni di merito. Ma è soprattutto il dispositivo che la caratterizza, con il quale si decide il rinvio a data fissa – udienza del 24 settembre 2019 – della trattazione delle questioni di costituzionalità sollevate – onde «consentire[...] al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch’essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»<sup>3</sup> – a farne un *unicum* nella giurisprudenza costituzionale.

E questo, non perché rappresenti una singolarità il fatto che, nel governare la propria agenda dei lavori, la Corte possa assumere formali decisioni di rinvio dell’udienza di trattazione; né tantomeno che vi avvenga con ordinanza, in luogo di un decreto presidenziale (come ordinariamente avviene), poiché casi di questo tipo pure si ravvisano nella giurisprudenza costituzionale<sup>4</sup>. Neppure del tutto eccentrico è che, alla base di simili pronunzie, vi possano essere, oltre ad esigenze di carattere processuale<sup>5</sup>, ragioni di opportunità, legate in particolare alla maturazione di processi politici *in itinere*, la cui definizione sia in grado di riverberarsi in vario modo (o di egualmente essere incisa) sulla (dalla) risoluzione del problema di costituzionalità all’esame della Consulta<sup>6</sup>. Basterebbe qui rammentare – ma sarebbe solo il caso più noto di una nutrita schiera – la vicenda relativa alla [decisione](#) sulla legge elettorale n. 52 del 2015<sup>7</sup>.

Ad essere decisamente nuova è la scelta di accompagnare il rinvio con una motivazione nel merito assai ricca, articolata ed approfondita che testimonia di una trattazione della questione che, più che rinviata, appare in realtà già, in buona misura, anticipata, ancorché suscettibile di essere, in certo qual senso, compiuta di nuovo all’atto della ripresa autunnale. Tanto che si potrebbe persino immaginare – ma

<sup>1</sup> Che tuttavia ne riduce sensibilmente il perimetro rispetto a quello disegnato dal giudice remittente, che aveva avanzato il dubbio della compatibilità costituzionale della previsione *de qua*, lamentando che essa incrimina anche «le condotte di aiuto al suicidio che non abbiano contribuito a determinare o a rafforzare il proposito della vittima».

<sup>2</sup> La notazione circa la difficoltà di mantenere la distinzione è assai diffusa fra i commentatori. Cfr., ad esempio, con tono analogo le due relazioni introduttive al seminario di studi organizzato dalla Rivista *Quaderni costituzionali* su “Dopo l’ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?”, Bologna, 27 maggio 2019: E. GROSSO, *Il “rinvio a data fissa” nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, § 1 e C. SALAZAR, «Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». *Considerazioni sull’ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale*, § 1, entrambi ora in *Quaderni costituzionali*, .../2019.

<sup>3</sup> Punto 11 del *cons. in dir.*

<sup>4</sup> Lo ricorda, fra gli altri, M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, 13 ed *ivi* richiami. Ma v., sul punto, anche E. GROSSO, *Il “rinvio a data fissa”*, cit., 12, cui si rinvia per ulteriori esemplificazioni.

<sup>5</sup> Si veda l’ampia casistica riportata da M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria*, cit., 13 ss.. V. anche F. DAL CANTO, *La Corte e lo ius superveniens: esplosione e crisi del giudizio di costituzionalità in via principale*, in *Consulta Online*, 2014, 5 ss.

<sup>6</sup> Come rilevato, fra gli altri, da: R. ROMBOLI, *Intervento*, in A.A., *Il forum sull’ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2019, 71; C. SALOI, *Intervento*, *Ivi*, 72; U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’ ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. *Nota a Corte cost.*, ord. n. 207 del 2018, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018, 3.

<sup>7</sup> Rammentata, fra gli altri, da M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria*, cit., 14, nt. 71, ove si sottolinea che su questo caso sia «stata emessa una lunga serie di comunicati stampa (cfr. S. PANIZZA, *Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti [...] in tema di processo costituzionale*, Torino, 2017] (2014-2016, p. 32), anche in relazione ad alcune polemiche sulla stampa (sulle quali cfr. D. TEGA, *Perché la Corte non può decidere prima*, in [la rivista il Mulino](#))».

si tratta di un esito possibile e non necessario – che il dispositivo della nuova pronuncia finisca per appoggiarsi alla motivazione della decisione rinviante, così che, a conti fatti, sarà a buon bisogno la pronuncia destinataria del rinvio a vestire, a sua volta – come in una sorta di commedia degli equivoci – i panni della decisione rinviante.

Ma si tratta – è bene qui precisarlo – di una novità asseribile solo con riferimento alla questione della costituzionalità dell'aiuto al suicidio in sé e non per l'altra, che la Corte ha ritenuto subordinata alla prima e quindi trattabile *a posteriori* in seguito alla soluzione offerta a quest'ultima, afferente alla parità di trattamento sanzionatorio fra aiuto e istigazione al suicidio, risultando «evidente che le censure relative alla misura della pena hanno un senso solo in quanto le condotte avute di mira restino penalmente rilevanti: il che presuppone il mancato accoglimento delle questioni intese a ridefinire i confini applicativi della fattispecie criminosa»<sup>8</sup>. Per questa seconda questione, l'[ordinanza](#) assume i panni della (più o meno ordinaria) decisione di mero rinvio della trattazione senza alcuna anticipazione del merito (o tutt'al più dell'esito il prodromo della trattazione della prima questione ne comporti, in caso di conferma, l'assorbimento).

S'è pure osservato che ad essere una novità assoluta è anche il fatto che l'[ordinanza](#) disponga il rinvio, non già per *attendere* il legislatore e il concludersi del processo decisionale *in atto* – come sin qui accaduto – bensì per promuovere e stimolare un processo politico *ex novo*<sup>9</sup>. Si tratta, a mio parere, di un rilievo corretto, se riferito alle ipotesi di rinvio in senso stretto, meno conferente se invece si allarga l'orizzonte per ricomprendervi le decisioni di rinvio in senso sostanziale, come le sentenze di incostituzionalità “accertata ma non dichiarata”, i cui moniti ad intervenire rivolti al legislatore mi pare finiscano per assolvere alla medesima funzione sollecitatoria. Per non parlare, fuoriuscendo però dalla tipologia delle decisioni dilatorie, delle additive di principio che, sotto il profilo dell'onere di svolgimento ed implementazione del principio a carico del legislatore, pure finiscono per riversare su quest'ultimo una domanda regolatoria “nuova”.

Certo, resta la novità – non da poco – di un impulso gravato, questa volta, da un termine ad adempiere “esatto”, fissato dalla stessa Corte che, quindi, non si limita ad immettere una nuova *issue* nell'agenda del legislatore, ma vi aggiunge anche la precisa determinazione del *quando* (sotto la specie del termine ultimo) della sua definizione. A ciò si somma – anche se pure questo, come si vedrà più avanti, non rappresenta una novità assoluta – l'invito al legislatore ad intervenire con una serie nutrita di indicazioni che non costituisce per questi una specie di neutralizzante camicia di Nesso, quanto semmai una cornice di linee-guida che, atta a delineare una sorta di livello essenziale della prestazione legislativa, tuttavia non esaurisce, né assorbe in sé il compito che il legislatore è chiamato a svolgere.

### 3. *Le formule decisorie alternative.*

Tutto ciò, come detto, per evitare che il venir meno (sia pur *pro parte*) del divieto penale all'aiuto al suicidio, ove offerto a «persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli, non venga associato a una cornice normativa idonea ad impedire che resti «del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi»<sup>10</sup>. Questo in modo da escludere che, in «assenza di una specifica disciplina della materia, più in particolare, qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – potrebbe lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento, assistenza al suicidio a pazienti che lo desiderino, senza alcun controllo *ex ante* sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti»<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Punto 1 del *Considerato in diritto*.

<sup>9</sup> Cfr. M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria*, cit., 14; G. CAMPANELLI, *Intervento*, in A.A., *Il forum sull'ordinanza Cappato*, cit., 65; C. SALAZAR, «*Morire sì*, cit., 13.

<sup>10</sup> Punto 10 *Cons. in dir.*

<sup>11</sup> *Ibidem*.



Accanto a ciò – e da non disgiungersi da esso – v'è l'esigenza di assicurare risposta all'istanza di giustizia costituzionale proveniente dal giudizio principale.

Ebbene, c'è da chiedersi se la soluzione adottata – quella cioè del rinvio della trattazione a data prestabilita – fosse l'unica a disposizione della Corte per rispondere alla duplicità delle istanze appena rappresentata o se invece altre ve ne fossero, attingendo al ricco ed assai articolato novero dei meccanismi decisori forgiati dalla sua lunga giurisprudenza.

Partendo dal fronte più spiccatamente ermeneutico, non credo che la pronuncia interpretativa di rigetto fosse “in prima battuta” uno strumento idoneo a far fronte alle prospettate esigenze. Pur presentando la virtualità positiva di offrire risposta alla domanda di giustizia costituzionale proveniente dal giudizio *a quo*, essa avrebbe riversato sui singoli giudici il compito di dar soluzione al problema dell'*uso regolato* dell'aiuto al suicidio non punibile perché sottratto all'orbita di senso del divieto *ex art. 580 c. p.*, dando loro una bussola che per molteplici ragioni avrebbe rischiato di essere poco orientativa: non solo per le note ragioni di efficacia *inter partes*, ma soprattutto per la sagoma stretta della porzione di significato espunta e per la inadeguatezza dei giudici, al pari della Corte e anzi a maggior ragione, di operare bilanciamenti e prospettare ricostruzioni che sarebbero risultate eccedenti le loro possibilità.

Il problema della carenza di cornice normativa si sarebbe, poi, ripresentato con forza ancora maggiore nel caso di sentenze interpretative di accoglimento – assimilabili quanto ad impatto, a decisioni ablatorie parziali di stampo riduttivo – stante la natura di pronunzie di annullamento ad efficacia *erga omnes*.

Allo stesso modo, inadeguato sarebbe stato il ricorso a sentenze di incostituzionalità prospettiche, come quelle “a far tempo da” – in vario modo contrassegnate da differimento *pro futuro* degli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale – che, se utili a favorire o sollecitare l'intervento *medio tempore* del legislatore nella “materia” oggetto della questione di costituzionalità, avrebbero tuttavia lasciato privo di risposta il problema di costituzionalità per i rapporti pregressi, ivi compreso il giudizio *a quo*, cui la norma impugnata avrebbe potuto continuare ad applicarsi.

Diverso, invece, quantomeno a tutta prima, il caso delle sentenze additive di principio che pure si pongono sul crinale delle sentenze collaborative nei riguardi del legislatore, laddove a questi venga affidato il compito di svolgere ed implementare il principio enucleato dalla Corte<sup>12</sup>. Qui, in effetti, la pronuncia di incostituzionalità “principialista” avrebbe verosimilmente retribuito giustizia costituzionale nel giudizio *a quo* – dichiarando l'incostituzionalità *pro praeterito* dell'impugnato art. 580 c.p laddove lede la dignità del malato non consentendo a questi di avvalersi dell'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita, ogniqualvolta quell'assistenza si presenti allo stesso come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma – ma, apparentandosi alla categoria delle additive di meccanismo, avrebbe lasciato inevasa l'istanza regolatoria in attesa dell'intervento della legge, senza possibilità da parte dei giudici di offrire nel frattempo una surroga adeguata all'esigenza rappresentata.

Quanto a macro-manipolazioni nelle quali la declaratoria di incostituzionalità fosse accompagnata da una sostanziale riforma della disciplina di settore prodotta *ope sententiae*, esse, tanto più in terreni così sensibili ad una molteplicità di opzioni di valore, sono da considerarsi estranee al perimetro di disponibilità del giudice delle leggi.

Insomma, se – come si legge nell'[ordinanza](#) – l'adozione di una tradizionale pronuncia di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa sia pur “monitoria” che, lasciando «in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione» in attesa di un intervento legislativo che potrebbe «sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare», sarebbe risultata una scelta non accettabile «nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti»<sup>13</sup>; nondimeno anche soluzioni quale quelle appena rammentate sarebbero risultate, in vario modo, non all'altezza delle esigenze del “caso” in questione.

---

<sup>12</sup> Cfr. C. SALAZAR, «Morire sì, cit., 13 e 18; C. SALOI, *Intervento*, cit., 73.

<sup>13</sup> Punto 11 *Cons. in dir.*

#### 4. Era nella disponibilità della Corte?

C'è da chiedersi, a questo punto, se ed in che misura l'adozione della nuova modalità decisoria rientrasse nella disponibilità del nostro giudice costituzionale. Ad essa la Corte perviene, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», mediante i quali l'[ordinanza](#) dispone il rinvio del giudizio in corso ad una nuova udienza fissata per il 24 settembre 2019, «in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela»<sup>14</sup>.

*Nulla quaestio*, circa l'esistenza di simili poteri di gestione, ove riferibili al governo del proprio calendario e alla possibilità che la trattazione di una questione possa subire slittamenti temporali. Il fatto è che questa volta, il differimento della decisione è accoppiato ad una trattazione della *quaestio* in cui si affronta *funditus* e viene sostanzialmente composto e sistemato il problema di costituzionalità evocato. Così da avere un'*ordinanza bifronte*: interlocutoria nel dispositivo, assai definita – nel senso dell'incostituzionalità *in parte qua* della disciplina impugnata – nella parte motiva<sup>15</sup>. Una nuova specie di decisione *manipolativa*, in cui però ad essere manipolato non è l'oggetto della questione di costituzionalità, né il regime giuridico della decisione, bensì – come è stato acutamente osservato in dottrina – la struttura di quest'ultima che, disarticolata nell'unità fra parte motiva e dispositivo, risulta sottoposta – per usare il lessico del grande teologo Oscar Cullmann<sup>16</sup> – alla singolare tensione fra il “già ora” (compiuto) – la motivazione resa in sede di *ordinanza* di rinvio che prefigura chiaramente l'incostituzionalità – e il “non ancora” (pienamente realizzato) – la pronuncia resa all'esito della nuova trattazione. Una sorta di micro-escatologia giurisprudenziale nella quale la decisione assume i contorni di un processo bipartito, articolato in un immediato preannuncio di incostituzionalità (o, per dirla con le parole del Presidente Lattanzi in una “incostituzionalità prospettata”<sup>17</sup>) e un futuro possibile compimento di quel preannuncio, alla luce del quale, peraltro, quella originaria destrutturazione tenderebbe inevitabilmente a riassetarsi, quantomeno da un punto di vista sostanziale.

In definitiva, la manipolazione, pur fondandosi sul disallineamento temporale (oltre che formale) fra motivazione e dispositivo, non presenta decisive somiglianze con l'esperienza – nostrana o di altri modelli stranieri – delle sentenze “dilatatorie”. Questo perché, da un verso, a slittare non sono gli effetti della decisione ma la decisione medesima, ancorché in una certa misura anticipata dalla prima pronuncia, e, dall'altro, il meccanismo decisorio si fonda su di un'operazione riconformativa meno esorbitante di quella compiuta dalla Corte proprio sul regime temporale degli effetti delle sentenze di illegittimità costituzionale, la cui capacità di incidere sulla natura stessa del giudizio di costituzionalità in via incidentale appare assai più significativa<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> *Ibidem*

<sup>15</sup> Di «una *ordinanza quoad formam* che è però in tutto e per tutto una sentenza (di accoglimento) *quoad substantiam*» parla A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale \(a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/III](#), 571. Nello stesso senso cfr. R. ROMBOLI, *Intervento*, cit., 72; C. SALAZAR, «*Morire sì*, cit., 1. Addirittura tre sarebbero le facce dell'*ordinanza* per C. PANZERA, *L'ordinanza “una e trina”*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2019, 2 ss.

<sup>16</sup> Lessico che il teologo luterano francese utilizzava per esprimere la dialettica tra la salvezza già realizzata da Cristo con la sua incarnazione e l'attesa dell'avvento del Regno di Dio non ancora compiuto. Si veda la sua opera più nota: O. CULLMANN, *Christus und die Zeit*, 1946; trad. it. *Cristo e il tempo*, Bologna, 1987.

<sup>17</sup> Si veda la [Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018](#), 14.

<sup>18</sup> Espressione, questa, ricorrente nella critica avverso i tentativi di rimodellamento per via giurisprudenziale delle regole sul processo costituzionale. Basti pensare, per non tornare troppo indietro nel tempo, alle censure rivolte da molta dottrina alla [sentenza n. 10 del 2015](#), accusata di aver stravolto il carattere della incidentalità del giudizio di legittimità costituzionale, proprio per aver escluso l'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità, con conseguente inapplicabilità della stessa anche al giudizio *a quo*. V., per tutti, R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2015, 7, secondo cui «la soluzione di ritenere la norma dichiarata incostituzionale non efficace nel giudizio *a quo* determina un totale svuotamento del significato e della *ratio* sottesa alla via incidentale, con conseguente stravolgimento della finalità ad essa sottese».

Ebbene, se così è, a me non sembra di riscontrare nel caso in esame una rilevante fuoriuscita dalle forme processuali<sup>19</sup>, né tantomeno una pretesa ennesima esorbitanza dell'anima politica su quella giurisdizionale<sup>20</sup>, ma al più un (peraltro limitato) tentativo di adattamento delle regole processuali ai valori costituzionali sostantivi in gioco, funzionale alla loro migliore soddisfazione. Ciò, secondo la logica della lettura costituzionalmente servente delle prime rispetto ai secondi, cui ricorrere ogniqualvolta ciò si renda strettamente necessario (e risulti opportunamente giustificato e/o motivato) alla loro salvaguardia. Non libertà dalla legge processuale, ma fedeltà alla funzione di garanzia costituzionale assegnata, cui pure quella legge risulta ordinata.

E che, nella specie, ciò fosse necessario mi pare ragionevolmente sostenibile.

##### 5. Il rinvio condizionato al legislatore.

Ma ad interferire non poco sulla dinamica relazionale fra prima e seconda pronuncia della Corte costituzionale è l'auspicato intervento legislativo, al tempo stesso *causa prima* ed *obiettivo principale* dell'ordinanza di rinvio e della conseguente articolazione bifasica del processo decisorio del giudice costituzionale. Quello operato dalla Corte è, infatti, un rinvio non solo della trattazione delle questioni sollevate ad una futura udienza, ma anche un rinvio al legislatore perché nel frattempo provveda ad assicurare alla prestazione d'aiuto ai pazienti nelle specifiche condizioni indicate dalla Corte la cornice regolatoria necessaria, come già detto, ad evitare possibili abusi e scenari, «gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità» e ad assicurare il compimento di opzioni chiamate ad «investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali». Il tutto «in un contesto espressamente definito “collaborativo” e “dialogico” fra Corte e Parlamento».<sup>21</sup>

Senonché, quel rinvio è accompagnato – come già osservato – da un ricco corredo di indicazioni orientative che vanno: a) dall'esigenza di fissare «le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto, la disciplina del relativo “processo medicalizzato”, l'eventuale riserva esclusiva di somministrazione di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale, la possibilità di una obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura»; b) al suggerimento di intervenire «anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all'art. 580 cod. pen., in questa sede censurata, inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della “relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico”, opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima»; c) dalla necessità «di introdurre una disciplina ad hoc per le vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio a quo), che non potrebbero beneficiare della non punibilità disposta dalla nuova disciplina “con una varietà di soluzioni possibili”»; d) alla opportunità di adottare le cautele adeguate a far sì che – «anche nell'applicazione pratica della futura disciplina – l'opzione della somministrazione di farmaci in grado di provocare entro un breve lasso di tempo la morte del paziente non comporti il rischio di alcuna prematura rinuncia, da parte delle strutture sanitarie, a offrire sempre al paziente medesimo concrete possibilità di accedere a cure palliative diverse dalla sedazione profonda continua, ove idonee a eliminare la sua

---

<sup>19</sup> Nello stesso ordine di idee: M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia*, 2018, par. 3; G. SALVADORI, *Intervento*, in A.A., *Il forum sull'ordinanza Cappato*, cit., 74; A. SPERTI, *Intervento*, *ivi*, 78; *contra*, F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato” e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, *Intervento al Seminario su Dopo l'ord. 207/2018*, cit., 1; E. MALFATTI, *Intervento*, in A.A., *Il forum sull'ordinanza Cappato*, cit., 69; G. BATTAGLIA, *Intervento*, *ivi*, 61-62.

<sup>20</sup> In tal senso, invece, cfr. A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in questa *Rivista, Studi*, 2018/III, 569-70; *Id.*, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2019, 2; U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’*, cit., 11; R. ROMBOLI, *Intervento*, cit., 103-04; G. CANALE, *Intervento*, in A.A., *Il forum sull'ordinanza Cappato*, cit., 66. Sul tema della doppia anima, politica e giurisdizionale, della Corte costituzionale e sui rischi che la prima prenda il sopravvento sulla seconda, v. AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa, a cura di R. Romboli, Torino, 2017.

<sup>21</sup> Cfr. punti 10 e 11 *Cons. in dir.*

sofferenza – in accordo con l’impegno assunto dallo Stato con la [...] legge n. 38 del 2010 – sì da porlo in condizione di vivere con intensità e in modo dignitoso la parte restante della propria esistenza»<sup>22</sup>.

Un serrato e denso apparato di avvertenze, inviti, consigli, indirizzi che può a buon diritto far riecheggiare l’appellativo di pronunzia-delega, con la quale la cessione di campo a favore del legislatore e lo spirito collaborativo che si dice ispirarla paiono un po’ offuscati, tali e tanti sono i paletti fissati dalla Corte al legislatore rinviato.

Che può dirsi, al riguardo?

Innanzitutto, che – ancora una volta – non si tratta certo di una situazione del tutto inedita: al modello della c.d. sentenza-delega la Corte è già ricorsa più volte nella sua storia, il primo esempio della figura potendo essere rintracciato nella nota decisione di metà degli anni ’70 dello scorso secolo – [sentenza n. 225 del 1974](#) – con cui delineò il c.d. decalogo (in realtà eptalogo) cui si sarebbe dovuto ispirare il legislatore nella riforma del sistema radiotelevisivo che, come noto, intervenne a ridosso con la legge n. 103 del 1975. Un esempio più recente – com’è abbastanza noto – può ritrovarsi nella [sentenza n. 243 del 1993](#) in tema di computo dell’indennità di contingenza nel trattamento di fine rapporto per i dipendenti pubblici, ove peraltro si registra una declaratoria di incostituzionalità con rinvio al legislatore che oltre a prevedere un insieme di indicazioni cui attenersi, pure esige una prossimità temporale e – come nel caso qui in esame – persino il luogo di intervento («legge finanziaria, o comunque nella prima occasione utile per l’impostazione e la formulazione di scelte globali della politica di bilancio»)<sup>23</sup>. Ma un discorso più generale potrebbe farsi per le sentenze monitorie in cui l’invito al legislatore ad intervenire sia seguito dall’individuazione delle *guide-lines* cui uniformarsi per assicurare le condizioni minime di conformità a Costituzione della futura disciplina.

Certo, anche in questo caso qualcuno potrebbe riferirsi all’insegnamento hegeliano per cui la quantità può trasmodare in qualità, osservando che nel nostro caso la quantità è davvero significativa. Rilevo, tuttavia, in proposito che l’apparato di indicazioni contenuto nell’[ordinanza](#) risponda pur sempre allo schema del rispetto della cornice orientativa e di contenimento, senza per questo che la discrezionalità legislativa ne risulti propriamente assorbita. Non solo, non tutti gli inviti mi sembra abbiano la stessa portata condizionante, andando dal suggerimento – quello, ad esempio, relativo al *dove* dell’intervento legislativo (la legge n. 219) o alla riserva esclusiva del trattamento farmacologico al servizio sanitario nazionale – al consiglio-comando – quale è quello relativo all’inserimento della decisione suicidaria in un contesto medicalizzato o all’introduzione di una normativa specifica per le vicende pregresse – e soprattutto che essi diano corpo ad indirizzi che andrebbero poi apprezzati e rivalutati all’interno del contesto complessivo della disciplina adottata.

Peraltro, per quanto dirò fra un attimo, neppure quello schema si erge a minacciosa spada di Damocle sulla testa del legislatore che, non attenendosi o attenendosi solo in parte alle indicazioni dalla Corte, andrà necessariamente incontro alla sanzione di incostituzionalità, quantomeno alla prima occasione “utile” rappresentata dalla nuova pronunzia di settembre.

Quel che piuttosto va osservato è il *lapsus calami* in cui cade il giudice costituzionale, laddove nel riferirsi al necessario intervento del legislatore fa riferimento all’esigenza di individuare le «condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche a traverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte»<sup>24</sup>.

È evidente che a leggere isolatamente questo passaggio si potrebbe ragionevolmente concludere che, con l’uso del termine somministrazione, la Corte abbia qui invitato il futuro legislatore a prevedere forme di eutanasia attiva. Si tratterebbe di un evidente slittamento di piano del discorso, sin lì condotto mantenendosi rigorosamente all’interno della fattispecie dell’aiuto al suicidio. Ed allora, se anche gli enunciati contenuti nelle motivazioni delle sentenze, al pari di quelli inseriti nei testi normativi, debbono essere letti sistematicamente, ritengo che la somministrazione vada qui ristretta alla sola ipotesi della fornitura del farmaco al malato che provvede direttamente ad introiettarlo, rimanendo così nel perimetro

---

<sup>22</sup> Cfr. punto 10 *Cons. in dir.*

<sup>23</sup> Nota il parallelismo, pur reputando che, in quel caso, «l’aspetto temporale venne declinato in forme più attenuate (ma pur sempre limitative della sua [*id est* del legislatore] discrezionalità)» G. FAMIGLIETTI, *Intervento*, in A.A., *Il forum sull’ordinanza Cappato*, cit., 221.

<sup>24</sup> Punto 10 *Cons. in dir.*

dell'azione *ad adiuvandum* senza implicare interventi diretti e concludenti da parte dell'agente terzo (il medico, nella prospettiva della Corte). Così come, del resto, accaduto proprio nella vicenda oggetto del giudizio *a quo*. Certo, non si può mancare di rilevare una certa qual labilità, anzi il bizantinismo della pilatesca distinzione<sup>25</sup>, che tuttavia discende quale conseguenza (poco evitabile) dal superamento – a mio avviso assai discutibile per la ben diversa copertura costituzionale che gode il diritto alla sospensione delle cure rispetto a quello di morire per mano di altri – della *dead line* (il gioco di parole non è casuale) fra morte come esito della interruzione delle cure vitali e morte come effetto cagionato positivamente dall'aiuto offerto al malato. Ma su questo dirò qualcosa più oltre.

Quanto osservato, tuttavia, non toglie che, pur nell'acclarato passo in avanti verso trattamenti di tipo eutanascico, nella logica della pronuncia la somministrazione vada derubricata in “messa a disposizione” e non in “intervento attivo concludente”.

#### 6. Segue: *i possibili riflessi sulla ripresa del giudizio in relazione alle diverse ipotesi prefigurabili.*

Resta, a questo punto, da riflettere sul possibile effetto del rinvio al legislatore compiuto dall'[ordinanza](#) e sugli esiti che questo può produrre – a seconda del risultato ottenuto – sulla ripresa della trattazione delle questioni di costituzionalità nella nuova udienza di settembre prossimo.

Nessuno può dire se l'*assist* della Corte sarà raccolto, anche se non mi pare si registri – per dir così – un particolare fervore nei lavori parlamentari, oramai a poco più di due mesi dalla scadenza. Quel che però si può fare – come già altri hanno fatto – è immaginare scenari<sup>26</sup>. Ed è quanto mi accingo rapidamente (e un po' schematicamente) a fare.

a) La prima e più facile ipotesi da formulare è quella di un intervento pienamente soddisfacente delle varie esigenze di pregio costituzionale in campo, in linea con i *desiderata* del giudice costituzionale, in grado cioè di assicurare giustizia costituzionale nel(i) caso(i) pregresso(i) e in quelli a venire, introducendo una causa di non punibilità per l'aiuto al suicidio nei riguardi dei malati versanti nelle condizioni delineate dall'[ordinanza n. 207](#) “già aiutati”, accompagnata per gli “aiutabili” in futuro dalla previsione di un protocollo di regole condizionanti per far scattare la non punibilità, idonee a garantire da abusi da “libero mercato”. Insomma, *giustizia per il passato e garanzie per l'avvenire* a tutela della «libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.».

Ebbene, in questa situazione la soluzione più pacifica sarebbe quella della sentenza di rigetto, data l'inequivoca applicazione dello *ius superveniens* al giudizio *a quo* e la sua portata appagante, con la conseguente non necessità di un'ordinanza di restituzione degli atti al giudice remittente.

b) A fronte di una simile eventualità bisogna paventare quella, diametralmente opposta, dell'inerzia di un legislatore rimasto completamente muto o inoperoso o comunque improduttivo dinanzi alla sollecitazione della Corte costituzionale. In questo caso, si potrebbe pensare che la *via obbligata e razionalmente conseguenziale* alla prima pronuncia sia quella che conduce ad una sentenza (sostanzialmente) ablativa volta a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 580 c.p. *nella parte in cui si applica a malati rientranti nella fattispecie ricostruita nell'ordinanza qui in esame*. Del resto, dinanzi alla *irresponsabilità* (o alla *non responsività*) del legislatore rappresentativo, la Corte non potrebbe oltremodo sottrarsi alla propria *responsabilità* di (*rispondere per*) retribuire giustizia costituzionale.

---

<sup>25</sup> Punto 10 *Cons. in dir.*

<sup>25</sup> G. RAZZANO, *Le discutibili asserzioni dell'ordinanza Cappato e alcuni enormi macigni*, Intervento al Seminario su *Dopo l'ord. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 2 ss.; ID., *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2019.

<sup>26</sup> Operazione cui si sono prestati in tanti: senza pretesa di completezza, v. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit., par. 5; C. SALAZAR, «*Morire sì*», cit., par. 7; F. DAL CANTO, *Il “caso Cappato”* cit., 5 ss.; G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la “parola che squadra da ogni lato*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2019, 4 ss.; R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2019. Si veda, inoltre, l'ottavo quesito posto agli intervenienti al già citato Forum tematico del Gruppo di Pisa dedicato all'[ordinanza n. 207](#), nonché i tentativi di risposta *ivi* formulati dai diversi Autori. Non è mancato, peraltro, chi ha provato a tratteggiare scenari ancor prima che l'ordinanza venisse pubblicata, già all'indomani del solo comunicato stampa: v. A. RUGGERI, [Pilato alla Consulta](#), cit., 569.

Si potrebbe certo dire che si tratterebbe della dimostrazione della inutilità (e quindi del fallimento) della scelta di procrastinazione posta in atto dalla Corte, la quale avrebbe potuto addivenire sin da subito a quella soluzione<sup>27</sup>. Sennonché, polemizzare con la Corte per il tentativo di sollecitare l'assunzione di responsabilità del Parlamento, chiamato ad appropriarsi del "suo" compito, alla luce dell'inerzia da questi manifestata – ritenendo invece comunque preferibile una decisione caducatoria immediata pur se foriera di aprire scenari di preoccupazione per la salvaguardia di esigenze costituzionali di non lieve momento – oltre ad essere ingeneroso, mi sembrerebbe espressivo di una logica istituzionale ispirata ad impazienza, eccesso di semplificazione e di astratto spirito geometrico. Tanto più laddove ad essere coinvolte siano questioni estremamente controverse e costituzionalmente poliedriche come quella in questione. D'altronde, non si può neppure trascurare che una filosofia molto simile è al fondo quella che anima la strategia delle c.d. doppie pronunce<sup>28</sup>.

Ad ogni modo, in una situazione di inadempienza totale del legislatore l'esito dell'illegittimità costituzionale della disciplina impugnata verrebbe da pensare sia scontato, altrimenti si potrebbe osservare con un pizzico di ironia – ove si ritenga possa aver spazio anche in materia così drammatica quale quella oggetto della [ordinanza n. 207](#) – che ad essere incriminabili per il reato di aiuto al suicidio potrebbero essere i quindici giudici di Palazzo della Consulta per il gravissimo *vulnus* arrecato al prestigio e alla credibilità dell'organo di cui sono membri.

Vero è che quella di settembre sarà una nuova trattazione dell'incidente di costituzionalità e che resta fermo il fatto che la Corte rimane "padrona della sua causa"<sup>29</sup>. Ed è vero pure, come è stato rilevato, che il dibattito pubblico svoltosi durante il periodo di rinvio, come pure la rinnovata dialettica processuale in sede di nuova udienza potrebbero esser in grado di far emergere elementi ulteriori idonei a portare i singoli giudici e persino l'intero collegio a mutar d'avviso<sup>30</sup>. *Re melius perpensa...* Quasi a trasformare l'[ordinanza n. 207](#) in un provvedimento a virtualità istruttoria implicita rivolto a platea imprecisata. Del resto, come altri hanno osservato<sup>31</sup>, la stessa giurisprudenza costituzionale in più occasioni ci ha mostrato esempi di cambiamento di atteggiamento e posizione rispetto al medesimo problema di costituzionalità.

Tutto vero.

Del resto, potrebbe aggiungersi più in generale che la coerenza, in quanto assunta come valore in sé, può sconfinare nell'ostinazione se si traduce in imperativo morale impermeabile al ripensamento.

Il fatto è che la vicenda in esame presenta delle peculiarità assolute di cui tener conto.

Innanzitutto, la [pronuncia n. 207](#) è sì dilatoria, ma esprime anche la volontà di *trattenimento* della causa presso la Corte, a differenza delle decisioni di incostituzionalità "accertata ma non dichiarata" che chiudono l'incidente di costituzionalità e richiedono una nuova sollevazione perché la questione torni al vaglio di Palazzo della Consulta, innescando un giudizio del tutto autonomo rispetto al precedente, il cui esito può anche non risultare in linea con quest'ultimo. In quel trattenimento c'è "egualmente" intento di *proiettare la decisione in un tempo a venire*, ma anche di *mantenere il legame di continuità fra prima e seconda trattazione*. È – come già detto – un *già ora*, anche se *non ancora*.

---

<sup>27</sup> Rilievo avanzato, ad esempio, da B. BRANCATI, *Intervento*, in A.A., *Il forum sull'ordinanza Cappato*, cit., 63

<sup>28</sup> È il caso, per restare agli esempi più recenti, della questione in tema di c.d. Legge Pinto, in cui alla pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa accompagnata da monito al legislatore ([sent. n. 30/2014](#)) ha fatto seguito, rimasto inascoltato il monito, la declaratoria di illegittimità costituzionale con la [sentenza n. 88/2018](#); nonché di quella in tema di pene accessorie del reato di bancarotta fraudolenta, che ha visto susseguirsi la [sentenza n. 134/2012](#) (in cui l'incostituzionalità era stata accertata ma non dichiarata) e, qualche anno dopo, la [sentenza n. 222/2018](#) (di incostituzionalità vera e propria). D'altronde, con riferimento al meccanismo avviato con l'ordinanza in commento, non è mancato chi ha parlato proprio di un'ulteriore versione dello schema della doppia pronuncia: cfr. G. RIVOSECCHI, *Osservazioni sull'ord. n. 207 del 2018 e sul possibile "seguito": una (doppia) pronuncia ritagliata sul caso concreto*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2019.

<sup>29</sup> Cfr. M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria*, cit., 16; nello stesso senso anche E. GROSSO, *Il "rinvio a data fissa"*, cit., 22; A. SPERTI, *Intervento*, cit., 109. Ma v. pure sul punto L. MADAU, *Intervento*, in A.A., *Il forum sull'ordinanza Cappato*, cit., 97.

<sup>30</sup> Per tali rilievi v. E. GROSSO, *Il "rinvio a data fissa"*, cit., 22 ss.

<sup>31</sup> «D'altro canto, molte volte si è assistito a ripensamenti della Consulta su questione oggettivamente identiche; cosa mai potrebbe impedire che anche stavolta si abbia?» (A. RUGGERI, [Fraitendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda \(a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/I](#), 109).

Del resto, di trattazione nuova si potrebbe parlare solo per la seconda delle questioni di legittimità costituzionale – quella cioè riguardante la parità di trattamento sanzionatorio fra l'aiuto e l'istigazione al suicidio nella previsione dell'art. 580 c. p. e non trattata in sede di prima pronuncia – che, ponendosi di fatto come subordinata rispetto a quella affrontata nell'[ordinanza](#), potrà essere affrontata unicamente all'esito della risoluzione di quest'ultima.

Non solo, la corretta impostazione del problema richiede, a mio parere, di aver presente un orizzonte non limitato alla dinamica interna al giudizio di costituzionalità e di rifiutare una lettura panprocessualistica della vicenda.

Infatti, il rinvio operato dalla Corte nell'[ordinanza](#) qui in esame non è soltanto a se medesima, ma è al contempo diretto anche al legislatore, cui si rivolge non un generico invito a provvedere, ma si offre una ricostruzione complessiva della delicata questione che, pur nella molteplicità delle soluzioni da apprestare, ha nella "mirata" non conformità a Costituzione dell'art. 580 c.p. una *chiara direzione di marcia*. Ebbene, questo, a mio avviso, immette un fattore di resistenza nell'architettura di quella ricostruzione e un motivo di attrito nei confronti dell'eventuale suo processo di revisione. È infatti difficile pensare che, posta quella medesima ricostruzione a fondamento dell'impulso impresso all'azione legislativa e magari (immaginiamo) positivamente raccolto dal legislatore, finisca per essere nel frattempo rigettata proprio dalla Corte. Insomma, la *nuova trattazione* non credo possa trasformarsi in una *trattazione nuova* o, se ci si consente il gioco di parole, in una vera e propria *ri-trattazione*.

Il che ovviamente non significa che in sede di seconda trattazione il giudice costituzionale non possa addivenire a taluni mutamenti di rotta, oltre che a proporre opportune precisazioni.

Tutto ciò detto, sarebbe nondimeno erroneo ricavare la conclusione che quella innescata dall'[ordinanza n. 207](#) sia una vicenda processuale *dal risultato già scritto* e dall'*approdo ormai scontato* nel senso dell'accoglimento.

Non lo credo.

Penso piuttosto che, all'esito del mancato intervento legislativo, si schiuda alla Corte un'alternativa.

Per prima cosa, c'è ovviamente l'ipotesi della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 580 c. p. nei termini dell'[ordinanza n. 207](#), magari accompagnata da un robusto monito, che, anche qualora meramente reiterativo di quanto già affermato nella stessa [ordinanza](#), avrebbe dalla sua la forza dell'ablazione prodotta dalla dichiarazione di incostituzionalità.

Quanto al problema dello scenario rischioso – da *far west* – che potrebbe aprirsi, può osservarsi che la Corte potrebbe forse evitare quantomeno l'*hard far west*, dominato dal principio dell'aiuto al suicidio all'insegna del "fai da te". Ciò, in quanto la dichiarazione di incostituzionalità, introducendo una causa di non punibilità della condotta agevolatoria modellata sul figurino delineato nell'[ordinanza](#) in esame, ben potrebbe essere accompagnata dall'avvertenza che le condizioni lì delineate – trattarsi di persona: a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli – dovrebbero essere accertate in un contesto medico, come del resto avvenuto anche nel caso oggetto del giudizio *a quo*. Il che avrebbe l'effetto di far rientrare la pratica dell'aiuto al suicidio consentito in una cornice minima di garanzia assicurata dalle responsabilità gravanti sulla professione medica.

Ma, ove la Corte – volendo rimanere maggiormente aderente al suo duplice ruolo di risoltrice di questioni di legittimità costituzionale e di custode della costituzionalità dell'ordinamento nel suo complesso<sup>32</sup> – intendesse dare un peso maggiore al tema delle conseguenze della propria decisione, i giudici di Palazzo della Consulta potrebbero ricorrere allora alla soluzione della sentenza interpretativa di rigetto<sup>33</sup>. Essa, infatti, in ragione della sua efficacia circoscritta, consentirebbe di offrire risposta

---

<sup>32</sup> Duplice ruolo ricordato anche da M. D'AMICO, *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2019, 6 e di cui, ovviamente, è consapevole *in primis* la stessa Corte costituzionale: si veda quanto affermato, ad esempio, nella [sentenza n. 10/2015](#), al punto 7 del *cons. in dir.*, al fine di giustificare la modulazione degli effetti temporali della propria pronuncia di accoglimento: «Il ruolo affidato a questa Corte come custode della Costituzione nella sua integralità impone di evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, «effetti ancor più incompatibili con la Costituzione» ([sentenza n. 13 del 2004](#)) di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa».

<sup>33</sup> L'ipotesi è da ultimo esplicitamente avanzata da M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto*

all'esigenza di tutela proveniente dal giudizio *a quo*, permettendo al giudice remittente di giovare della non punibilità conseguente, rinunciando per contro a produrre effetti caducatori di carattere generale.

Non risulterebbe, quindi, per la fattispecie individuata dalla Corte un orizzonte di non punibilità sregolata generalizzata, ma una situazione un po' più incerta e polverizzata, in cui la valutazione sarebbe rimessa, volta per volta, all'apprezzamento dei singoli giudici, cui verrebbe affidata la "patata bollente" della risoluzione dei casi che dovessero proporsi, con la possibilità peraltro di un nuovo ricorso alla Corte costituzionale<sup>34</sup>. Certo, sono ben consapevole che una simile soluzione presterebbe il fianco ad una duplice critica: per la dispensa di incertezza, particolarmente temibile in materia penale, che ne discenderebbe; per la possibile disparità di trattamento che ne potrebbe conseguire.

Tuttavia, a tali obiezioni viene da replicare:

a) che è proprio il ricorso alla pronuncia interpretativa di rigetto ad essere, a sua volta, motivato da un bisogno di certezza, pel fatto di trovare ragione – come detto – nell'esigenza di minimizzare l'indeterminatezza derivante dalla carenza di un protocollo regolatorio necessario ad assicurare il bilanciamento fra i diversi valori costituzionali in campo. Insomma, quello che da un verso potrebbe essere configurato come un pregiudizio alla certezza, si presenterebbe, dall'altro, come un suo presidio: (in)certezza *vs.* (in)certezza – si potrebbe dire;

b) in merito, invece, alla salvaguardia del principio di uguaglianza, si dovrebbe porre mente al fatto che la temuta disparità di trattamento finirebbe per essere mitigata dalla tendenziale unicità ed irripetibilità dei casi che si registra in questo drammatico ambito di esperienza.

Peraltro, a fornire qualche maggior ausilio ai giudici (oltre alla stessa Corte) e render loro una *bussola* un po' meno *scombussolata* rispetto alla situazione all'atto della prima pronuncia della Corte, varrebbe l'ampia discussione pubblica ed il dibattito fra i giuristi scaturiti a seguito [dell'ordinanza n. 207](#), suscettibili di fornire elementi di valutazione e spunti interpretativi idonei ad offrire indicazioni orientative<sup>35</sup>.

Non solo, il minor impatto del rigetto interpretativo avrebbe dalla sua anche il vantaggio di offrire margini di maggiore flessibilità al legislatore futuro persino nella (ri)definizione del quadro delle condizioni-premessa della non punibilità dell'aiuto al suicidio, per come delineato dalla Corte. Cosa estremamente più difficoltosa a fronte di una declaratoria di incostituzionalità.

Chiudo, sul punto, osservando che rispetto alla situazione al momento dell'assunzione della prima decisione, la scelta si presenterebbe ora sotto la diversa luce giustificativa del "male minore" che, in sede di prima pronuncia, la Corte ha inteso preferibile evitare nella prospettiva – rivelatasi troppo ottimistica – di conseguire un "bene maggiore"<sup>36</sup>.

c) Problemi, forse, ancor più complessi possono presentarsi nelle situazioni ibride, non esattamente inquadrabili nella dicotomia legge-non legge.

c<sub>1</sub>) Immagino, ad esempio, la situazione di una legge non ancora adottata dalle Camere, il cui *iter* formativo abbia raggiunto un buon grado di maturazione, magari pervenendo all'approdo dell'approvazione da parte di uno dei due rami del Parlamento. Data l'importanza assegnata dalla Corte all'esigenza di una cornice regolatoria per via legislativa entro la quale collocare la fattispecie dell'aiuto al suicidio consentito, credo che i giudici di Palazzo della Consulta verosimilmente abbraccerebbero la

---

*giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 17 ss., il quale asserisce «che la questione possa essere risolta con una sentenza interpretativa di rigetto che "allenti" – in virtù del precedente monito – la resistenza che la lettera della disposizione censurata sembra opporre a una lettura costituzionalmente orientata dalla stessa, che porti ad escludere la configurabilità del reato ove il suicida "agevolato" versi nelle condizioni analiticamente descritte nell'[ord. n. 207](#)».

<sup>34</sup> Possibilità quest'ultima, invero, accreditata, da un verso, dal carattere estremamente sagomato sul caso di specie della posizione assunta dalla Corte nella prima pronuncia – di cui parlerò meglio più avanti – da immaginarsi come riprodotta anche in sede di seconda decisione; dall'altro, dalla estrema ricchezza e varietà dei casi e delle condizioni che possono presentarsi nelle vicende drammatiche che popolano l'itinerario del fine-vita non facilmente sovrapponibili gli uni alle altre.

<sup>35</sup> Ed anzi, ben si può dire che, proprio a fronte del silenzio del legislatore, una simile riflessione collettiva potrebbe considerarsi, sul piano pragmatico, come uno dei frutti più significativi della ordinanza della Corte.

<sup>36</sup> Interessante, a questo proposito, la tesi recentemente avanzata da M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della corte costituzionale*, cit., 12 ss., secondo cui proprio il mancato seguito dell'invito ad intervenire, rivolto dalla Corte al legislatore, giustificerebbe una pronuncia in seconda battuta che in origine non sarebbe stato possibile adottare, stante il rispetto della discrezionalità del legislatore che tuttavia, dinanzi ad una protratta inerzia, non potrebbe più costituire un limite all'intervento del giudice delle leggi chiamato a retribuire giustizia costituzionale.



soluzione dell'ulteriore rinvio e quindi della proroga offerta al legislatore<sup>37</sup>, fino a spingersi al limite temporale estremo che garantisca la perduranza dell'integrità soggettiva del collegio<sup>38</sup>.

Ma si potrebbe pure prefigurare un intervento legislativo di tipo non definitivo: penso primieramente al ricorso al decreto-legge<sup>39</sup> – mettendo qui in disparte problemi di costituzionalità legati all'esistenza dei presupposti o alla adeguatezza dell'intervento *ex art. 77 Cost.* in materie del genere, come pure delicate questioni connesse all'utilizzo della decretazione d'urgenza in materia penale in funzione depenalizzante. Anche in questo caso, penso che la Corte possa fare ricorso all'ipotesi di un ulteriore rinvio in attesa dell'eventuale conversione in legge.

Diverso sarebbe, invece, il caso dell'avvenuta approvazione di una legge di delegazione che, acquisendo le *linee-guida* contenute nell'[ordinanza n. 207](#) nel novero dei propri principi e criteri direttivi, chiami il Governo-legislatore ad intervenire in materia, immettendo peraltro la vicenda nel solco di una dinamica transitiva del passaggio di consegne dalla Corte al Parlamento e da questi al Governo, in deroga – per dir così – al noto principio per cui *delegatus delegare non potest*. Ebbene, stavolta la protrazione sarebbe, a mio parere, eccessiva e la Corte non potrebbe attendere i tempi dell'attuazione della delega. In questo caso, quindi, la decisione definitiva della Corte si imporrebbe, anche tenendo conto della rassicurazione per la regolazione della materia comunque offerta da un processo normativo già incardinatosi, ancorché non provvisto di certezze assolute quanto alla sua positiva conclusione.

c<sub>2</sub>) Più controversa e discussa è l'ipotesi di un intervento legislativo solo parzialmente rispondente alle esigenze rappresentate dalla Corte costituzionale. Anche in questa eventualità è opportuno distinguere le diverse evenienze.

c<sub>2.1</sub>) Si può pensare, ad esempio, ad una legge che offra al suicidio assistito consentito la disciplina atta ad assicurare le condizioni per regolare adeguatamente il diritto del malato a rifiutare il mantenimento in vita, dimenticando però di recare la normativa necessaria per far valere la non punibilità anche per le «vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio a quo), che di tale non punibilità non potrebbero altrimenti beneficiare».

In questo caso, ritengo che la scelta della Corte debba ricadere sulla pronunzia interpretativa di rigetto che, facendo salvi i rapporti pregressi dal rispetto delle condizioni poste *pro futuro* dal legislatore, colmerebbe il vuoto di tutela per quanto riguarda la vicenda oggetto del giudizio *a quo*, offrendo agli altri giudici una prospettiva ermeneutica cui uniformarsi in caso di rapporti cui la nuova soluzione della non punibilità proceduralizzata non sia applicabile.

A fronte di questa ipotesi, vi sarebbe l'altra della restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*. Il rinvio, stante l'impossibilità per quest'ultimo di giovare nel giudizio principale della nuova disciplina in punto di non punibilità *condizionata* dell'aiuto al suicidio, produrrebbe verosimilmente la conseguenza della sollevazione di una nuova questione di legittimità, questa volta però sulla novella legislativa, nella parte in cui non consente la non punibilità dell'aiuto al suicidio in assenza del rispetto delle condizioni ivi previste e tuttavia non esigibili per i rapporti sorti prima della loro fissazione da parte del legislatore. La consequenziale pronunzia della Corte, diversamente dall'ipotesi precedente, non investirebbe l'art. 580 c. p., bensì direttamente la nuova normativa che sarebbe dichiarata incostituzionale con formula additiva “nella parte in cui” non prevede, per i casi pregressi, la clausola di salvezza dal rispetto delle condizioni, laddove ovviamente si verta in ipotesi riconducibile al perimetro di non punibilità delineato dalla stessa Corte costituzionale.

Lì quindi sarebbe l'art. 580 c. p. ad essere chirurgicamente depurato del significato incostituzionale; qui invece sarebbe la nuova legge ad essere integrata della parte mancante; lì l'effetto sarebbe circoscritto

---

<sup>37</sup> Per questa ipotesi v. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit., par. 5; E. GROSSO, *Il “rinvio a data fissa”*, cit., 69; C. LUZZI, *Intervento*, in A.A., *Il forum sull'ordinanza Cappato*, cit., 97. *Contra* A. RUGGERI, secondo il quale con la concessione di un ulteriore termine al legislatore, la Corte «perderebbe la faccia» agli occhi dell'opinione pubblica (cfr. A. RUGGERI, [Pilato alla Consulta](#), cit., 569; opinione poi ribadita in [Venuto alla luce alla Consulta](#), cit., 575).

<sup>38</sup> È quanto ipotizzato da G. FAMIGLIETTI, *Intervento*, cit., 95, secondo il quale la scelta della fissazione del termine al 24 settembre non è stata casuale: essa permette, in caso di ulteriori – brevi - rinvii, di garantire «un “cuscinetto temporale” (tuttavia non illimitato) prima della scadenza del mandato del suo attuale Presidente (il 9 dicembre).» Il rischio di un cambio di rotta della Corte conseguente ad un mutamento della composizione soggettiva della Corte è stato segnalato, tra gli altri, da A. RUGGERI, [Finalmente venuto alla luce](#), cit., 575 ed E. GROSSO, *Il “rinvio a data fissa”*, cit., 23.

<sup>39</sup> Ipotesi presa in considerazione criticamente anche da G. FAMIGLIETTI, *Intervento*, cit., 95. Cfr. anche C. LUZZI, *Intervento*, cit., 97; F. PACINI, *Intervento*, in A.A., *Il forum sull'ordinanza Cappato*, cit., 100-101.

al giudizio principale, qui l'efficacia sarebbe *erga omnes*. L'obiettivo dunque sarebbe il medesimo, ma cambierebbero significativamente il modo di raggiungerlo e anche i tempi per retribuire giustizia, visto che ad una decisione "più debole", ma resa dalla Corte alla ripresa del giudizio, si giustapporrebbe una sentenza "più forte", ma pronunciata in un tempo successivo, quando la questione risolledata dal giudice *a quo* tornerà alla sua attenzione.

c.2.2) C'è poi la circostanza di un intervento legislativo "fuori standard", perché non (del tutto) adeguato a quelle esigenze regolatorie fortemente manifestate dall'[ordinanza n. 207](#) al fine di evitare «scenari, gravidi di pericoli per la vita di persone in situazione di vulnerabilità», virtualmente aperti all'eventualità di prestazioni di assistenza al suicidio «senza alcun controllo *ex ante* sull'effettiva sussistenza, ad esempio, della loro capacità di autodeterminarsi, del carattere libero e informato della scelta da essi espressa e dell'irreversibilità della patologia da cui sono affetti», in conseguenza della disposta non punibilità mirata del divieto di aiuto al suicidio.

Nella plurima e molteplice varietà delle inadeguatezze possibili, sono personalmente convinto che l'atteggiamento della Corte dovrebbe essere quello *low profile* di procedere alla restituzione degli atti al giudice *a quo* perché accerti la portata dello *ius superveniens*, lasciando che la partita si chiuda, laddove il giudice remittente, soddisfatto nella sua domanda di giustizia, decida di riprendere il giudizio sospeso senza più incomodare la Corte.

Non credo che invece sia possibile, una volta ripreso il giudizio, che il giudice costituzionale passi direttamente a scrutinare la legittimità costituzionale della novella legislativa, assumendo come parametro le indicazioni fornite dalla propria ordinanza di rinvio. E questo ad onta dell'affermazione – contenuta in chiusura della motivazione – circa la possibilità di valutare «l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela», in occasione della «nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019»<sup>40</sup>.

Aggiungere, infatti, alla frizione procedimentale comportata dalla decisione dilatoria anche un significativo mutamento di oggetto del giudizio di costituzionalità, che non riguarderebbe più l'art. 580 c. p., ma la novella verosimilmente apportata alla legge n. 219 adottata in risposta al rinvio operato dalla Corte, sarebbe per quest'ultima una cosa difficilmente giustificabile<sup>41</sup>. Tanto più tenuto conto della complessiva modificazione del chiesto prodotta, visto che il cambiamento di oggetto sarebbe accompagnato da una totale trasformazione dei profili della questione, la cui individuazione peraltro risalirebbe a quanto affermato dalla stessa Corte nella motivazione dell'[ordinanza n. 207](#). Una sorta di *iudicium in causa propria*.

In sintesi: variazione dei termini, dei profili e autorappresentazione della questione originaria; il tutto senza che il trasferimento di oggetto dello scrutinio di costituzionalità possa essere motivato dallo *ius superveniens*, stante la sua palmare inapplicabilità dello stesso al giudizio *a quo*. Credo che sarebbe davvero troppo.

Né, infine, una sponda potrebbe essere individuata nel ruolo di *tertium comparationis* che la disciplina *ex lege* n. 219 ha in fatto assunto nella motivazione dell'[ordinanza](#). Ruolo che potrebbe consentire alla Corte, in sede di nuova trattazione della questione, di indirizzare la sua attenzione proprio su quest'ultima.

Il punto merita qualche considerazione specifica.

È evidente che parlare di *tertium* in senso proprio non si possa, stante la prospettazione della *quaestio* da parte del giudice *a quo* che non costruisce il "chiesto" intorno al vizio di violazione del principio di uguaglianza, né di ragionevolezza.

Lo si può fare, invece, in senso logico, stante il fatto che è proprio il ruolo cruciale che nella motivazione assume la considerazione per cui se nella legge *de qua* «il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento –

---

<sup>40</sup> Punto 11 *Cons. in dir.*

<sup>41</sup> Dello stesso ordine di idee: U. ADAMO, *La Corte è 'attendista'*, cit., 10; G. CAMPANELLI, *Intervento*, cit., 93; C. SALAZAR, *«Morire sì*, cit., 15-16.

apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all’anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale»<sup>42</sup>. Ciò in quanto «è [...] agevole osservare che, se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall’ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l’interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l’aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione»<sup>43</sup>.

Se ne conclude che entro «lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un’unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest’ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)»<sup>44</sup>.

Qui vale la pena di osservare – come del resto diversi commentatori hanno rilevato<sup>45</sup> – che il ragionamento della Corte risulta fondarsi su un apparentamento tra situazioni che presentano un significativo vallo di separazione: la distinzione, cioè, fra sospensione delle cure che consente alla malattia di portare a morte e morte recata dalla messa a disposizione del malato richiedente del farmaco letale. Insomma, *altro* è (chiedere a qualcuno di) *sospendere le cure* per (consentire a qualcos’altro – *id est*, la malattia – di) *sospendere la vita*; *altro* è (chiedere a qualcuno di) *sospendere direttamente la vita*. Ed allora, prefigurare un’omessa previsione sulla scorta di una comparazione dal fondamento così opinabile e utilizzare la sponda della legge n. 219 per ricavare da essa una disciplina per una fattispecie che risulta estranea alla logica che la informa, è a mio parere un’operazione assai discutibile.

Ad ogni buon conto, v’è una considerazione ancor più decisiva che porta ad escludere l’intervento sull’eventuale *ius superveniens* legislativo.

È invero abbastanza evidente che la disciplina sul consenso informato e sulle dichiarazioni anticipate di trattamento viene in considerazione, ai fini del giudizio di costituzionalità, solo allo scopo di supportare la esigenza del riconoscimento del diritto del malato a chiedere l’assistenza al suicidio. Sarebbe pertanto un assoluto fuor d’opera scrutinarla in seconda battuta nella sua parte novellata, dedicata a prestare le garanzie necessarie all’esercizio di quel diritto in un orizzonte di garanzia costituzionale. Non un transito dalla denunciata normativa codicistica all’asserito *tertium* legislativo, ma addirittura il passaggio ad una disciplina che con quel preteso *tertium* non ha sostanzialmente rapporto, se non perché ne condivide il medesimo contenitore formale.

Ne consegue che, per aggredire la nuova legge costituzionalmente “insufficiente” la Corte costituzionale avrà bisogno di un nuovo giudizio *a quo* in cui risulti applicabile e della sollevazione di una nuova questione di costituzionalità che la assuma ad oggetto.

Quanto, infine, all’affermazione relativa alla valutazione dell’eventuale sopravvenienza legislativa da compiersi in sede di nuova trattazione, di cui s’è detto, credo che essa vada correttamente interpretata come riferibile non già ad un possibile scrutinio sullo *ius superveniens*, quanto semmai ad un giudizio condotto (anche) “alla stregua di” quello *ius*, nel senso cioè che la novella legislativa potrebbe

---

<sup>42</sup> Punto 9 del *cons. in dir.*

<sup>43</sup> *Ibidem.*

<sup>44</sup> *Ibidem.*

<sup>45</sup> V., ad esempio, C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano di altri”*, in *BioLaw Journal*, 3/2018, 145-46; D. PARIS, *Il diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 2018, 3/2018, par. 2; C. SALAZAR, «Morire sì, cit., 12; G. RAZZANO, *Le discutibili asserzioni*, cit., 1 ss.; P. VERONESI, *L’ord. n. 207/2018 sul c.d. “Caso Cappato”: cosa c’è, cosa non c’è (né poteva esserci) e a cosa potrebbe precludere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2019, 2 ss. Più in generale, su tale distinzione v., per tutti, A. D’ALOIA, *Diritto di morire?, La problematica dimensione costituzionale della «fine della vita»*, in *Politica del diritto*, 4/1998, 610.

*quodammodo* incidere sulla valutazione dell'esito e della formula decisoria della pronunzia, senza per questo entrare a far parte del suo proprio oggetto.

### 7. Osservazioni conclusive.

Un'ultima considerazione mi resta da fare.

Quella che abbiamo dinanzi è una pronunzia che appare fortemente modellata sulla vicenda che ha originato il giudizio da cui è sorta la questione rimessa alla Corte costituzionale. Si può dire che i contorni di quel caso e i contorni della prefigurata incostituzionalità dell'art. 580 c.p. tendano, in buona misura, a combaciare. Basti qui la significativa somiglianza fra l'elenco dei requisiti che delineano la situazione che deve poter beneficiare *in astratto* della sottrazione al divieto di aiuto al suicidio e le circostanze *concrete* in cui è maturata la prestazione assistenziale offerta dall'imputato nel giudizio principale. Si può altrimenti dire che la motivazione dell'[ordinanza](#) lasci trasparire come in filigrana i drammatici eventi che hanno accompagnato la morte del Dj Fabiano Antoniani con il supporto fornito da Marco Cappato.

Si tratta, invero, di un atteggiamento del giudice costituzionale che si colloca nel solco di una tendenza ad assumere decisioni sempre più sagomate sulle vicende dei giudizi *a quibus*. Sentenze-fotografia, verrebbe da dire, in cui la Corte si fa giudice, più di fatti che di atti (disposizioni-norme), più di casi che di questioni, secondando il *trend* all'assimilazione/ibridazione dei modelli di giustizia costituzionale nel senso – in questo caso – dell'avvicinamento alle logiche del *Judicial review* e della giurisdizione costituzionale di diritto soggettivo, se non addirittura movendosi nel solco di una logica di ricentralizzazione del controllo di costituzionalità che, giusta una certa opinione<sup>46</sup>, parrebbe in certo qual modo segnare la presente fase del sindacato sulle leggi nel nostro sistema costituzionale.

Ma, forse, la decisione in esame potrebbe fare ancora qualcosa in più.

Nell'inserire la percezione *personale* della lesione della dignità all'interno del perimetro valutativo della situazione che reclama la sottrazione al divieto *ex art.* 580 c.p. – là ove nell'[ordinanza](#) si evoca, ad esempio, il «rispetto del *proprio* concetto di dignità della persona» e la costrizione del «paziente a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla *propria* visione della dignità nel morire»<sup>47</sup> (*corsivi miei*) – essa rischia di introdurre un fattore di subiettivizzazione che, all'effetto di *reductio* sostanziale della portata dei *decisa* della Corte, conseguente al fenomeno delle pronunzie-fotografia, potrebbe aggiungere l'esito della polverizzazione e del progressivo slittamento della tutela offerta.

Orbene, quello a cui la Corte allude è l'apprezzamento personale della dignità del morire: nel caso di specie riferendosi alla valutazione compiuta dal Dj Fabiano Antonacci di ritenere non dignitosa la morte sopraggiunta in regime di sedazione profonda, a seguito dell'interruzione del trattamento di sostegno vitale.

Questo è davvero un punto cruciale, cui la Consulta, a mio parere, deve alla ripresa prestare particolare attenzione.

Da un verso, la dignità del morire non può risolversi semplicemente nella personale ed esclusiva concezione di cosa sia dignitoso secondo i propri intendimenti, cultura, matrici ideali, laddove ciò serva a giustificare, assieme agli altri presupposti, l'aiuto del terzo a mettere in atto il proposito suicidario dinanzi al precetto dell'art. 580 c. p. Il rischio di scivolare in una deriva soggettiva in cui, volta a volta, viene ad assumere rilevanza l'apprezzamento del malato che può considerare non dignitosa una morte (o, meglio, il modo per arrivarci) piuttosto che un'altra, al fine di accedere all'aiuto farmacologico mi sembra pericoloso proprio in ragione del coinvolgimento del terzo. È necessario, per quanto possibile, un ancoraggio a condizioni obiettive.

Del resto, la dignità della persona non è semplicemente autorappresentazione, né si identifica nell'autodeterminazione e non è perciò serva esclusiva della volontà della persona che la declina per sé<sup>48</sup>. Per questo non è disponibile, né cedibile neppure nel rispetto della volontà dell'interessato. Mi

---

<sup>46</sup> V., per tutti, R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all' «accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 7-8/2018, 2226 ss.

<sup>47</sup> Cfr. punti 8 e 9 *Cons. in dir.*

<sup>48</sup> Per considerazioni sul punto originate dalla presente pronunzia v. specialmente A. RUGGERI, [Frintendimenti concettuali](#), cit., 98 ss. ed *ivi* ulteriori e più generali riferimenti.

sovengono, a questo riguardo, la nota vicenda giudiziaria svoltasi qualche anno addietro in Francia intorno alla liceità della singolare prassi del lancio del nano<sup>49</sup>, ma ancor di più le recenti affermazioni della stessa Consulta nella [sentenza n. 141 del 2019](#) (peraltro dello stesso relatore dell'[ordinanza n. 207](#)) in tema di repressione penale del reclutamento e favoreggiamento della prostituzione, là ove si afferma che la dignità della persona è concetto che «nella cornice della previsione dell'art. 41, secondo comma, Cost., [... va] inteso in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della “dignità soggettiva”, quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore». Ciò che spiega il fatto che il legislatore abbia ravvisato «nella prostituzione, *anche volontaria*, una attività che degrada e svilisce l'individuo, in quanto riduce la sfera più intima della corporeità a livello di merce a disposizione del cliente»<sup>50</sup> (*corsivo mio*).

Tutto questo anche in considerazione del fatto che l'asserita dignità del *morire* rischia di trasformarsi nella dignità del *vivere* l'ultimo tratto del proprio percorso di vita. Se è vero, infatti, che quella che è posta al centro nell'[ordinanza](#) è la scelta di due percorsi di avviamento alla morte – la sospensione delle cure e la fornitura al singolo del farmaco che ingerito la produce – non l'opzione per uno di essi in ragione dell'apprezzamento sulla “dignità” della propria condizione di malato, è nondimeno possibile che, alla luce di quanto appena osservato, il discorso possa avvolgersi su stesso, dando ingresso a valutazioni individuali rispetto ad una morte reputata dignitosa perché immediata e non esito di una prolungata malattia.

Con il che la pronuncia della Corte finirebbe per fungere da volano di una progressiva erosione dell'ambito di applicazione dell'art. 580 c. p., che si porrebbe tuttavia in contrasto, sia con il riconoscimento della sua perdurante validità che vi si legge, che con la costruzione stessa della impalcatura di presupposti giustificativi che vi è operata. Come rispondere, in proposito, a chi non ritenesse dignitoso sopravvivere ricorrendo a trattamenti sanitari di sostegno vitale – la cui sottoposizione nell'[ordinanza n. 207](#) costituisce una condizione per riconoscere la non punibilità dell'aiuto al suicidio – e per questo, prima che vi fosse sottoposto, non potendo provvedere da sé reclamasse la via breve dell'accesso all'aiuto farmacologico a morire? E laddove ad essere considerato non dignitoso fosse continuare a vivere la condizione di malato di una malattia degenerativa?

Insomma, ci si immetterebbe in una sorta di piano inclinato che non sarebbe di certo auspicabile – al netto dei giudizi di valore che si abbiano nel merito – specie ove l'introduzione nell'ordinamento di ipotesi di suicidio assistito avvenisse attraverso la forma surrettizia – come è stato ben detto<sup>51</sup> – dello «scivolamento da una fattispecie all'altra» piuttosto che per la via maestra della decisione politica democratica.

Con buona pace, peraltro, della condizione di vulnerabilità da salvaguardare.

---

<sup>49</sup> Vicenda che ha impegnato il Consiglio di Stato francese in due note pronunce: *Conseil d'État, Assemblée*, 27/10/1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n. 136727, e *Id.*, *Ville d'Aix-en-Provence*, 27/10/1995, n. 143578, in [Legifrance.gouv.fr](#). In tali pronunce, come noto, il *Conseil d'État* ha ritenuto che lo spettacolo del “lancio del nano”, praticato presso alcune discoteche francesi, per quanto liberamente accettato dal soggetto affetto da nanismo come espressione della propria autodeterminazione, ledesse la dignità umana intesa come valore oggettivo e inderogabile, la quale, in quanto tale, è da intendersi irrimediabilmente sottratta alla libera disponibilità del titolare. Su tale vicenda v., in particolare, P. RIDOLA, *La dignità umana e il “principio libertà” nella cultura costituzionale europea*, in *Id.*, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 121 ss.; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Id.*, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 155 ss.

<sup>50</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 141/2019, punto 6.1 cons. in dir.](#)

<sup>51</sup> C. TRIPODINA, *Quale morte*, cit., 148.

## Carlo Padula

### Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza

SOMMARIO: 1. I ricorsi regionali. – 2. La [sent. 194/2019](#) della Corte costituzionale. – 3. La ridondanza nelle materie esclusive statali. – 4. (segue) Gli oneri motivazionali delle regioni. – 5. Conclusioni sulle [sentt. 194 e 195](#) del 2019

#### 1. I ricorsi regionali

Con le [sentenze n. 194 e n. 195](#) del 2019 la Corte costituzionale ha deciso i ricorsi proposti da cinque regioni contro il c.d. decreto sicurezza (d.l. 113/2018)<sup>1</sup>. Alcune delle norme impugnate riguardavano il regime giuridico degli stranieri (art. 1, che abolisce il permesso di soggiorno umanitario “generico”; art. 12, che esclude dal sistema SPRAR<sup>2</sup> i richiedenti asilo; art. 13, che toglie ai richiedenti asilo il diritto alla residenza<sup>3</sup>; su tali norme si è pronunciata la [sent. 194/2019](#)) mentre altre attenevano a temi diversi (art. 21, in materia di DASPO urbano; art. 21-bis, in materia di sicurezza dei negozi; art. 28, relativo ai poteri del prefetto sugli enti locali: su tali disposizioni la Corte si è pronunciata con la [sent. 195/2019](#)).

Soprattutto nelle impugnazioni degli artt. 1, 12 e 13, la maggior parte dei parametri invocati dalle regioni non riguardava il riparto di competenza tra Stato e regioni, ma i diritti fondamentali, il principio di uguaglianza e ragionevolezza, gli obblighi internazionali. È dunque emerso sin dall’inizio che nella decisione avrebbe rivestito un ruolo centrale il tema della “ridondanza” (o lesione di competenza indiretta), cioè della legittimazione delle regioni ad invocare – nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale – norme costituzionali estranee al riparto di competenza. Le ricorrenti erano ben consapevoli di ciò e hanno dedicato alla propria legittimazione ampio spazio. In diversi casi, esse hanno argomentato in generale, cioè con riferimento a tutte le norme impugnate<sup>4</sup>: a tal fine hanno evidenziato il collegamento esistente tra il fenomeno dell’immigrazione e le competenze regionali (e degli enti locali), quale risulterebbe dall’art. 118, terzo comma, Cost., da diverse disposizioni del t.u. immigrazione (d. lgs. 286/1998), dalla giurisprudenza costituzionale che ha riconosciuto il ruolo delle regioni nell’integrazione sociale degli stranieri e dal contenuto di molte leggi regionali, che si rivolgono anche agli stranieri nel regolare l’erogazione dei servizi pubblici.

Tale motivazione “generale” sulla ridondanza, peraltro, doveva fare i conti con l’eterogeneità delle norme impugnate, che rendeva difficile argomentare in modo unitario l’incidenza di esse sulle competenze regionali. Del resto, alcune regioni avevano censurato le disposizioni impugnate anche per violazione dell’art. 77 Cost., sotto il profilo del difetto di omogeneità<sup>5</sup>.

I ricorsi si soffermavano sulla ridondanza anche in relazione alle singole norme impugnate, cercando di evidenziare le ripercussioni che sulle competenze regionali (e degli enti locali) sarebbero derivate dall’abolizione del permesso umanitario “generico” (art. 1), dall’esclusione dei richiedenti asilo dallo SPRAR (art. 12) e dall’esclusione di questi ultimi dall’anagrafe dei residenti (art. 13).

<sup>1</sup> Si tratta delle regioni Umbria (r.r. 10/2019), Emilia-Romagna (r.r. 11/2019), Marche (r.r. 13/2019), Toscana (r.r. 17/2019) e Calabria (r.r. 18/2019). Il decreto era stato impugnato anche da altre tre regioni ma due di esse hanno rinunciato al ricorso (Sardegna e Basilicata), mentre la terza (Piemonte) ha chiesto in udienza pubblica un rinvio della trattazione. Sui ricorsi v. D. TEGA, *I ricorsi regionali contro il decreto sicurezza: la ridondanza dalla difesa delle competenze allo scontro sui diritti*, in *Quad. cost.* 2019, 413 ss.

<sup>2</sup> Sistema di protezione per i richiedenti asilo e i rifugiati.

<sup>3</sup> Alcuni Tribunali hanno dato un’interpretazione adeguatrice all’art. 13, ritenendo che esso non impedisca in assoluto l’iscrizione dei richiedenti asilo nell’anagrafe dei residenti ma si limiti a sancire l’inidoneità a tal fine del solo permesso di soggiorno per richiesta asilo. Tale interpretazione, smentita dai lavori preparatori e dalla circolare del Ministero dell’interno del 18.10.2018, è stata prospettata anche nel ricorso Emilia-Romagna (p. 55) ma pare non sostenibile per tre ragioni: a) essa priverebbe di senso la previsione del domicilio come criterio di accesso ai servizi; b) la norma secondo la quale il permesso di soggiorno per richiesta asilo «non costituisce titolo per l’iscrizione anagrafica» richiama in senso derogatorio l’art. 6, co. 7, t.u. immigrazione; c) l’art. 13 abroga la norma che prevede l’iscrizione dei richiedenti asilo nell’anagrafe dei residenti.

<sup>4</sup> V. pp. 5-9 ricorso Umbria; pp. 3 ss. ricorso Emilia-Romagna (peraltro, anche nella premessa generale questa Regione in realtà distingue talora fra norma e norma); pp. 17 ss. ricorso Marche.

<sup>5</sup> V. il ricorso Umbria, pp. 47 s.; ricorso Marche, p. 23 s.

Tale motivazione era più o meno ampia nei diversi ricorsi e in relazione alle diverse norme ma, complessivamente, lo sforzo delle regioni sembrava in alcuni casi più che sufficiente e in altri comunque sufficiente a prospettare la lesione indiretta delle competenze regionali e locali<sup>6</sup>.

I ricorsi lamentavano poi, in certi casi, la violazione diretta di norme del Titolo V: v. il ricorso Umbria, in relazione all'art. 1, co. 1, lett. f)<sup>7</sup>, all'art. 12<sup>8</sup> e all'art. 13<sup>9</sup>; il ricorso Emilia-Romagna, in relazione all'art. 12<sup>10</sup>; il ricorso Calabria in relazione all'art. 1<sup>11</sup> e all'art. 12<sup>12</sup>.

## 2. La [sent. 194/2019](#) della Corte costituzionale

Il Presidente della Corte costituzionale ha fissato in data ravvicinata l'udienza pubblica<sup>13</sup> e ha "spacchettato" i ricorsi, affidando a quattro diversi relatori le tre norme relative agli stranieri (artt. 1, 12 e 13) e ad un quinto relatore le altre tre disposizioni. Con la [sent. n. 194 del 2019](#), la Corte ha dichiarato inammissibili i ricorsi regionali, in relazione a tutte le norme relative agli stranieri.

In primo luogo, la Corte ha dichiarato inammissibile la censura proposta contro l'intero d.l. 113/2018 per violazione dell'art. 77 Cost.: la Corte ha correttamente evidenziato che, avendo il decreto contenuto «differenziato», la ridondanza andava argomentata con riferimenti agli specifici contenuti di esso e non in via generale<sup>14</sup>.

Con riferimento all'art. 1 (permesso di soggiorno umanitario), la Corte ha ricondotto le norme impugnate a due materie di competenza esclusiva statale (immigrazione e diritto di asilo) e da ciò ha dedotto la non configurabilità di «violazioni dirette del riparto di competenze»<sup>15</sup>: la Corte ha ammesso, però, che anche in materie esclusive statali si possa denunciare la violazione di norme extra-Titolo V, con conseguente lesione indiretta di competenze costituzionali regionali.

Questo passaggio è forse l'aspetto più interessante della pronuncia (v. il § 3) ma, nel caso specifico, la Corte ritiene la motivazione dei ricorsi insufficiente «a dimostrare la ridondanza in concreto sulle competenze regionali»<sup>16</sup>, sia per il carattere ipotetico dell'effetto restrittivo paventato dalle regioni (la Corte ipotizza che l'applicazione dell'art. 1 smentisca la riduzione di tutela che, secondo le regioni, deriva dal passaggio dal permesso di soggiorno umanitario "generico" ai casi speciali di permesso umanitario), sia perché le regioni possono comunque continuare ad erogare prestazioni sociali alle persone che, per effetto dell'art. 1, si trovino in situazione di soggiorno irregolare.

Anche in relazione all'art. 12 (SPRAR) la Corte, in primo luogo, individua le materie di riferimento: diritto di asilo, condizione giuridica degli stranieri e immigrazione. Data la riconducibilità dell'art. 12 a materie esclusive statali, la Corte interpreta l'invocazione delle norme del Titolo V (talora compiuta dalle regioni per lamentare una lesione diretta di competenza: v. fine del § 1) come volta a "comporre" la censura di lesione indiretta di competenza, conseguente alla violazione di norme esterne al Titolo V<sup>17</sup>.

La Corte ribadisce la configurabilità della ridondanza anche nelle materie esclusive statali<sup>18</sup> ma dichiara le censure regionali inammissibili, per inadeguatezza della motivazione sull'asserita lesione indiretta delle

---

<sup>6</sup> A titolo di esempio: il ricorso Marche dedicava le pp. da 29 a 34, 37-38 e 40 ad illustrare la ridondanza con riferimento all'art. 1; il ricorso Emilia-Romagna dedicava le pp. 38-40 alla ridondanza in relazione all'art. 12 e le pp. 56-58 alla ridondanza in relazione all'art. 13; il ricorso Toscana dedicava le pp. 10-12 e 18-23 alla ridondanza in relazione all'art. 1 e le pp. 26-28 e 30-34 alla ridondanza in relazione all'art. 13; il ricorso Calabria dedicava le pp. 7-11 alla ridondanza in relazione all'art. 1.

<sup>7</sup> Pp. 19-20.

<sup>8</sup> P. 28.

<sup>9</sup> P. 34.

<sup>10</sup> Pp. 41-43 e 45-50.

<sup>11</sup> Pp. 14-15.

<sup>12</sup> Pp. 17-20.

<sup>13</sup> I ricorsi, depositati nel febbraio 2019, sono stati discussi nell'udienza pubblica del 19 giugno 2019.

<sup>14</sup> Punti 5.3 e 5.4 del *Diritto*.

<sup>15</sup> In realtà, anche regolando materie esclusive statali lo Stato potrebbe violare norme del Titolo V: si pensi al principio di sussidiarietà di cui all'art. 118, primo comma, Cost. Ciò è confermato dalla coeva [sent. 195/2019](#), che, pur riconducendo l'art. 21-bis (sicurezza dei negozi) all'«ordine pubblico», lo dichiara illegittimo per violazione dell'art. 117, quarto comma, e 118, terzo comma, Cost.

<sup>16</sup> Punto 7.8 del *Diritto*.

<sup>17</sup> Punto 8.4 del *Diritto*.

<sup>18</sup> Punto 8.5 del *Diritto*.

competenze delle Regioni e degli enti locali. La Corte, infatti, evidenzia che lo SPRAR «resta [...] sostanzialmente invariato, per quanto riguarda la sua organizzazione, l'ampiezza della rete territoriale e le modalità di accesso a tale sistema da parte degli enti locali»; l'art. 12 implica solo una modifica nella «platea dei soggetti ammessi a beneficiare dell'accoglienza territoriale». Le regioni e gli enti locali, inoltre, possono esercitare le proprie attribuzioni anche a favore dei richiedenti asilo (al di fuori dello SPRAR), così come previsto dal d. lgs. 286/1998. Ciò implica un onere finanziario a loro carico ma, secondo la Corte, la motivazione dei ricorsi sulla lesione indiretta dell'autonomia finanziaria non è sufficiente. Con riferimento all'art. 13 (iscrizione anagrafica dei richiedenti protezione internazionale), la Corte segue lo stesso percorso, individuando *in primis* le materie di riferimento: diritto di asilo, condizione giuridica degli stranieri e anagrafi. La Corte nega l'incidenza dell'art. 13 sulle funzioni amministrative comunali in materia di anagrafe, trattandosi in realtà di «servizi di competenza statale», e di nuovo ribadisce la configurabilità astratta della «ridondanza» in materie esclusive statali. La Corte aggiunge che «[i]n questi casi, tuttavia, [...] grava sulla Regione ricorrente un onere motivazionale particolare, ossia quello di dimostrare, in concreto, ragioni e consistenza della lesione indiretta delle proprie competenze, non essendo sufficiente l'indicazione in termini meramente generici o congetturali di conseguenze negative per l'esercizio delle attribuzioni regionali». Nel caso di specie, la Corte ritiene «indimostrata la ridondanza su tali attribuzioni [regionali] delle questioni fatte valere nel presente giudizio, le quali, come visto, attengono allo status del richiedente protezione internazionale»: di qui l'inammissibilità delle questioni. La Corte, infine, dichiara inammissibili anche le questioni relative al principio di leale collaborazione perché, venendo in rilievo per tutte le norme impugnate materie esclusive statali, «il principio di leale cooperazione non è stato correttamente invocato»<sup>19</sup>.

### 3. La ridondanza nelle materie esclusive statali

Mi pare che l'elemento di maggior interesse della [sent. 194/2019](#) sia l'affermazione, compiuta in via generale, della possibilità per le regioni di impugnare per lesione di competenza indiretta anche leggi statali regolanti materie di competenza esclusiva statale (non trasversale)<sup>20</sup>. La Corte ha in tal modo allargato e «teorizzato» spunti contenuti in alcuni precedenti (richiamati dalla [sent. 194/2019](#): [sentenze nn. 139](#)<sup>21</sup>, [73](#)<sup>22</sup> e [17](#)<sup>23</sup> del 2018, [n. 170 del 2017](#)<sup>24</sup> e

<sup>19</sup> La Corte aggiunge poi considerazioni che evidenziano anche l'infondatezza nel merito della pretesa di un coinvolgimento nel procedimento legislativo, non potendo tale pretesa fondarsi sull'art. 118, terzo comma, Cost. e sul principio di leale collaborazione.

<sup>20</sup> Sulla ridondanza nei diversi casi di materie regionali, materie statali trasversali e materie statali «in senso proprio» v. *amplius* C. PADULA, *Aggiornamenti in tema di "ridondanza"*, in corso di pubblicazione in *le Regioni*, 3/2019.

<sup>21</sup> Tale pronuncia ha respinto nel merito, senza soffermarsi sulla ridondanza, una censura regionale basata su parametri extra-Titolo V, relativa ad una norma statale concernente il sistema informativo per l'agricoltura biologica e ricondotta dalla Corte alla competenza esclusiva statale in materia di «coordinamento informativo».

<sup>22</sup> Tale pronuncia ha accolto una censura regionale *ex art. 3 Cost.* rivolta contro una norma che la Corte ha ricondotto alla materia «giurisdizione».

La decisione si sofferma sulla ridondanza: «Se è vero che il contenuto delle disposizioni ne denota inequivocabilmente la ratio e la conseguente appartenenza alla materia di cui all'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. «giurisdizione e norme processuali» (il meccanismo introdotto dal legislatore statale si articola, infatti, in un'offerta di composizione transattiva del contenzioso esplicante un effetto estintivo dei processi in corso), la Regione ha tuttavia motivato in modo esauriente la pretesa ridondanza della violazione dell'art. 3 Cost. sull'autonomia finanziaria regionale, garantita dallo statuto speciale e dalle norme di attuazione. Il legislatore statale, differenziando i beni demaniali regionali rispetto a quelli statali, avrebbe compromesso l'autonomia finanziaria della Regione autonoma, privandola della possibilità di beneficiare del meccanismo di definizione agevolata in esame e di conseguirne i relativi introiti».

<sup>23</sup> Tale sentenza ha giudicato nel merito una censura (non di competenza) relativa all'Imu, la cui disciplina è di competenza esclusiva statale, in quanto esisteva un nesso con la finanza comunale (è dunque un caso in cui la Regione agisce contro la lesione indiretta di prerogative di altri enti): «4.2.– La Regione autonoma Sardegna censura l'art. 1, commi 1 e 3, del d.l. n. 4 del 2015 anche in riferimento agli artt. 3, 53 e 97 Cost. L'evocazione di parametri estranei a quelli afferenti alla competenza regionale è ammissibile quando esiste – come nel caso in esame – la connessione tra la disciplina del regime agevolativo del tributo e l'effetto che essa produce sulle relazioni finanziarie tra Stato e Comuni, la lesione delle cui prerogative costituzionali la Regione è legittimata a denunciare (*ex plurimis*, [sentenza n. 205 del 2016](#))».

<sup>24</sup> Tale decisione ha accolto una censura regionale *ex art. 3 Cost.* rivolta contro una norma concernente la ricerca degli idrocarburi in mare, benché in diverse occasioni la Corte abbia rilevato che le regioni non hanno alcuna competenza sulla ricerca degli idrocarburi in mare. Per C. PINELLI, *Accoglimento di un ricorso regionale avverso disposizione non incidente sul riparto di competenze Stato-regioni*, in *Giur. cost.* 2017, 1616, la Corte ha investito la Regione «del potere di promuovere un'anomala azione popolare».



n. [412 del 2001](#)<sup>25</sup>), nei quali essa aveva giudicato nel merito questioni non di competenza sollevate dalle regioni contro leggi statali adottate in materie esclusive statali<sup>26</sup>.

Se in quelle decisioni la Corte aveva dunque implicitamente ammesso la ridondanza anche in materie esclusive statali, nella [sent. 194/2019](#) si compie un passo in avanti, perché la configurabilità della lesione di competenza indiretta in materie esclusive statali (non trasversali) viene espressamente teorizzata. Anche la [sent. 195/2019](#) (che ha giudicato delle altre norme del decreto sicurezza, quelle non riguardanti gli stranieri) ha ammesso una censura non di competenza nella materia esclusiva statale dell'ordine pubblico<sup>27</sup>.

La novità dell'impostazione della Corte pare confermata dal confronto con la dottrina, nella quale si è osservato, sulla base della giurisprudenza costituzionale, che la «condizione minima indispensabile per poter configurare una “lesione indiretta”» è l'«incidenza vincolante» della legge statale «all'interno degli ambiti di competenza (normativa, amministrativa o finanziaria) delle Regioni»<sup>28</sup>.

La novità contenuta nella [sent. 194/2019](#) mi sembra condivisibile: l'art. 127, secondo comma, Cost., che deve sempre rappresentare la “stella polare” nel giudizio in via principale, indica la *lesione della sfera di competenza* come condizione di ammissibilità del ricorso regionale (in termini di prospettazione) e presupposto della pronuncia di accoglimento (dopo l'accertamento della lesione stessa). Il criterio da utilizzare, dunque, di fronte ai casi di asserita ridondanza, dovrebbe essere quello dell'incidenza sulla *competenza* costituzionale regionale (o degli enti locali) e non quello della attinenza della legge statale alla *materia* regionale. Ciò consentirebbe una verifica della Corte caso per caso, senza escludere *a priori* la ridondanza nelle materie (in senso proprio) statali. Può essere interessante segnalare che la [sent. 195/2019](#) compie la valutazione di ammissibilità delle questioni non di competenza *prima* dell'individuazione della materia di riferimento<sup>29</sup>: così confermando che la titolarità statale o regionale di essa non è decisiva ai fini della ridondanza.

L'“espansione” della ridondanza alle materie (in senso proprio) esclusive statali – oltre ad ampliare le possibilità di difesa delle regioni e degli enti locali – potrebbe anche estendere i casi in cui tramite il giudizio

---

<sup>25</sup> Tale pronuncia ha giudicato nel merito un ricorso della Provincia di Trento, basato su norme non di competenza, rivolto contro una norma penalistica. La Provincia di Trento contestava una sanzione penale prevista a carico del gestore dell'impianto di depurazione nel caso di mancato rispetto dei valori-limite relativi agli inquinanti industriali. Tale sanzione era considerata irragionevole e incompatibile con l'organizzazione provinciale perché la Provincia (gestore del depuratore generale) non poteva assicurare tecnicamente il rispetto di quei valori. La Corte ha giudicato nel merito, (dichiarando la questione infondata), osservando che, pur rientrando le sanzioni penali nella competenza statale, «nella specie considerata, sussiste un interesse tutelato della Provincia in ordine alla verifica della lesione della propria organizzazione secondo le norme regionali (rientrante nella propria sfera di competenza), asseritamente incompatibile con il sistema delle responsabilità fissato dalle disposizioni impugnate». Sulla [sent. 412/2001](#) v. C. PADULA, *Sull'impugnazione regionale di legge penale e sul concetto di invasione di competenza indiretta*, in *le Regioni* 2002, 869 ss.

<sup>26</sup> V. anche la [sent. 161/2019](#), che segue la scia della [sent. 139/2018](#), decidendo nel merito una questione *ex art. 97* Cost. dopo aver collocato l'oggetto del giudizio in una materia esclusiva statale. La [sent. 75/2017](#) ha annullato una norma statale in materia di miscelazione dei rifiuti per violazione di una direttiva europea, in virtù del collegamento fra la disciplina dei rifiuti e la tutela della salute: peraltro, la Corte ha spesso attribuito carattere trasversale alla materia ambientale.

<sup>27</sup> V. i punti 4 e 5 del *Diritto*, relativi all'art. 21, che ha esteso il DASPO urbano ai «presidi sanitari».

<sup>28</sup> V. M. CECCHETTI, *La «ridondanza» tra mitologia e realtà. Vizi deducibili e legittimazione delle Regioni a difendere le proprie attribuzioni costituzionali contro gli atti legislativi dello Stato*, in AA.VV., *I ricorsi in via principale. Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 19 novembre 2010*, Milano 2011, 294 (l'incidenza consisterebbe nella produzione di effetti). Per C. PADULA, *L'asimmetria nel giudizio in via principale*, Padova 2005, 287 ss., i “requisiti” della lesione indiretta nella giurisprudenza costituzionale sarebbero: a) incostituzionalità (per violazione di qualsiasi norma costituzionale) della legge statale; b) carattere “sfavorevole”, per la regione, della legge statale; c) incidenza su una materia costituzionalmente spettante alla regione. Per F. FURLAN, *I vizi denunciabili*, in R. Balduzzi – P. Costanzo (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, 280: «appare [...] essenziale che esse [le regioni] abbiano il potere di investire il giudice costituzionale di tutti i dubbi di legittimità costituzionale che coinvolgano leggi statali le quali esplicano i propri effetti (diretti e indiretti) sopra una delle materie nelle quali è loro garantita, dal testo costituzionale, la sfera di autonomia ed il riparto delle competenze».

<sup>29</sup> Decidendo dell'art. 21, che ha esteso il DASPO urbano ai «presidi sanitari», la Corte nel punto 4 dichiara ammissibile la censura relativa agli artt. 3 e 32 Cost. e nel punto 5 chiarisce che l'art. 21 rientra nella materia «ordine pubblico e sicurezza». Anche in relazione all'art. 28, concernente i poteri del prefetto sugli enti locali, la Corte dichiara ammissibile la questione *ex art. 97* Cost. «stante l'evidente incidenza sull'autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali territoriali», senza precisare la materia di riferimento (punto 11).

in via principale si colpiscono leggi lesive dei diritti fondamentali<sup>30</sup> o affette da vizi procedurali (o legati ai presupposti dell'atto), per i quali il giudizio incidentale può rappresentare un "mezzo di attacco" inidoneo e comunque non tempestivo<sup>31</sup>. Nella [sent. 194/2019](#), peraltro, la Corte si mostra prudente su questo versante<sup>32</sup>, sottolineando gli oneri motivazionali delle regioni.

#### 4. (segue) *Gli oneri motivazionali delle regioni*

La [sent. 194/2019](#) ha infatti un aspetto "bifronte": dopo aver ampliato la legittimazione regionale nei termini appena illustrati, essa dimostra notevole rigore nel giudicare delle specifiche questioni sollevate contro il decreto sicurezza, dichiarandole tutte inammissibili nonostante l'ampio spazio dedicato nei ricorsi al tema della ridondanza<sup>33</sup>.

I due aspetti sembrerebbero collegati: ciò emerge soprattutto nel punto 9.2 del *Diritto*, là dove la Corte, dopo aver affermato la configurabilità della ridondanza anche nelle materie esclusive statali, afferma che «[i]n questi casi, tuttavia, [...] grava sulla Regione ricorrente un onere motivazionale particolare, ossia quello di dimostrare, in concreto, ragioni e consistenza della lesione indiretta delle proprie competenze, non essendo sufficiente l'indicazione in termini meramente generici o congetturali di conseguenze negative per l'esercizio delle attribuzioni regionali».

La Corte, dunque, parrebbe "compensare" l'espansione della ridondanza alle materie esclusive statali accentuando gli oneri motivazionali delle regioni: esse dovrebbero non solo prospettare la lesione indiretta di competenza, argomentando in misura sufficiente, ma dovrebbero dare una *dimostrazione positiva* di essa «in concreto»<sup>34</sup>.

Peraltro, mentre il riconoscimento della configurabilità della ridondanza nelle materie esclusive statali sembra frutto di una consapevole affermazione generale della Corte, l'accentuazione degli oneri motivazionali delle regioni pare legata più alle caratteristiche del caso concreto su cui la Corte si è trovata a giudicare.

Tale impressione è confortata dal confronto con la coeva [sent. 195/2019](#). Il nucleo della motivazione sulla ridondanza, in relazione agli artt. 1, 12 e 13, era simile in tutti i ricorsi: le regioni si lamentavano del fatto che le norme impugnate, costringendo una quota di stranieri ad una situazione di irregolarità (tramite l'abolizione del permesso di soggiorno umanitario generico: art. 1) ed escludendo i richiedenti asilo dagli SPRAR e dall'anagrafe dei residenti (artt. 12 e 13), impedissero alle regioni e agli enti locali di erogare prestazioni agli stranieri in questione. Ciò condizionava, secondo le ricorrenti, la disciplina, l'organizzazione e l'erogazione dei servizi. Nella [sent. 194/2019](#) la Corte ha ritenuto tale motivazione inidonea, ma nella [sent. 195/2019](#) ha ritenuto ammissibile una questione non di competenza (*ex* artt. 3 e 32 Cost.) la cui ridondanza era argomentata in modo simile: l'art. 21 d.l. 113/2018, estendendo il DASPO urbani ai «presidi sanitari», secondo le regioni escludeva certi soggetti dalle cure mediche e la Corte ha ritenuto motivata in modo sufficiente l'incidenza sulle competenze regionali<sup>35</sup>, dichiarando poi infondata la questione perché l'esclusione era in realtà insussistente.

---

<sup>30</sup> V. soprattutto D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti* *Giudizi su conflitti che riguardano diritti. I parametri sostanziali nel giudizio in via principale*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 131 ss.

<sup>31</sup> V. ad es. C. PADULA, *Vizi procedurali dei decreti-legge e sindacato della Corte costituzionale in sede di giudizio in via principale*, in *le Regioni*, 3/2012, 503 ss.

<sup>32</sup> V. il punto 5.3 del *Diritto*: «L'esigenza di evitare un'ingiustificata espansione dei vizi censurabili dalle Regioni nel giudizio in via d'azione e, quindi, la trasformazione della natura di tale rimedio giurisdizionale obbliga le Regioni stesse a dare conto, in maniera puntuale e dettagliata, della effettiva sussistenza e della portata del «condizionamento» prodotto dalla norma statale impugnata».

<sup>33</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>34</sup> V. anche il punto 7.8 del *Diritto*. La parte della decisione relativa all'art. 12, invece, non parla di *dimostrazione in concreto* della ridondanza.

<sup>35</sup> V. il punto 4: «Le Regioni ricorrenti evocano anche parametri non compresi nel Titolo V della Parte seconda della Costituzione – l'art. 32 Cost. (tutte le Regioni) nonché, in connessione con quest'ultimo, l'art. 3 Cost. (la sola Regione Emilia-Romagna) – e, asserendo la ridondanza dei vizi denunciati sulle attribuzioni regionali, lamentano l'irragionevole impedimento dell'accesso ai presidi sanitari per le persone – quali quelle previste dalla disposizione censurata – che si trovino ad essere bisognose di cure, con conseguente compromissione del loro diritto alla salute. [...] Nella specie, la disposizione censurata riguarda l'accesso e la permanenza di determinate categorie di persone nei presidi sanitari, la cui organizzazione rientra nella competenza concorrente del legislatore regionale in materia di «tutela della salute» (art. 117, terzo comma, Cost.), e quindi essa, prevedendo la possibilità dell'ordine di allontanamento e del divieto di accesso di persone individuate in ragione di determinate condotte da esse tenute, avrebbe un'incidenza su tale competenza in quanto asseritamente imporrebbe di escludere le stesse dalle prestazioni sanitarie erogate in tali presidi. Le Regioni ricorrenti

Dunque, pur di fronte a norme tutte rientranti in materie esclusive statali<sup>36</sup>, la Corte nella [sent. 194/2019](#) ha ritenuto che la *dimostrazione concreta* della lesione indiretta di competenza fosse condizione di ammissibilità, mentre nella [sent. 195/2019](#) ha ritenuto sufficiente la *prospettazione* della lesione, tanto è vero che poi il condizionamento della competenza regionale è stato negato con una interpretativa di rigetto.

Pare preferibile il metodo seguito nella [sent. 195/2019](#): nel giudizio in via principale l'inammissibilità dovrebbe essere legata al difetto di requisiti del giudizio stesso (ad es. mancato rispetto del termine, rango non legislativo dell'atto impugnato ecc.) o a difetti della motivazione, tali da rendere non comprensibile la questione sollevata (motivazione insufficiente, contraddittoria, oscura ecc.). Se la motivazione è chiara (sia in relazione alla violazione del parametro non di competenza sia in relazione al condizionamento della competenza regionale), il ricorso è ammissibile e spetterà poi alla Corte accertare la lesione indiretta di competenza. In definitiva, la [sent. 194/2019](#) desta perplessità sia là dove tende a trasformare la sussistenza della ridondanza in condizione di ammissibilità<sup>37</sup>, sia là dove tende ad addossare alle regioni l'onere di provare tale sussistenza<sup>38</sup> sia là dove fa riferimento ad una ridondanza «in concreto»<sup>39</sup>.

### 5. Conclusioni sulle [sentt. 194](#) e [195](#) del 2019

Complessivamente, le decisioni della Corte costituzionale sui decreti sicurezza mi sembrano da giudicare positivamente sia nella prospettiva delle regioni sia nella prospettiva della garanzia delle norme costituzionali esterne al Titolo V.

---

hanno, inoltre, adeguatamente motivato in ordine alla conseguente compressione degli spazi della loro autonomia costituzionalmente garantita nella misura in cui sarebbe loro imposto, per effetto della disposizione censurata, un criterio selettivo di accesso alle prestazioni sanitarie, la cui regolamentazione rientra nella loro competenza legislativa concorrente».

<sup>36</sup> La Corte ha ricondotto l'art. 21 all'ordine pubblico.

<sup>37</sup> V. i punti 5.3 («dare conto, in maniera puntuale e dettagliata, della effettiva sussistenza e della portata del «condizionamento» prodotto dalla norma statale impugnata»), 7.8 («tale motivazione non è sufficiente a dimostrare la ridondanza in concreto sulle competenze regionali»), 7.9 (che argomenta l'inammissibilità dimostrando l'assenza di una lesione indiretta di competenza), 8.5 (che richiama la [sent. 145/2016](#) e poi, in sostanza, nella prima parte più che evidenziare lacune della motivazione argomenta l'assenza della lesione indiretta di competenza) e 9.2. In tal modo la Corte riprende un orientamento che essa aveva già manifestato ma che era stato poi superato: v. dapprima la [sent. 145/2016](#) e poi la [sent. 75/2017](#), che considera sufficiente, ai fini dell'ammissibilità, la *prospettazione* della ridondanza. Analoga divergenza si è registrata nella dottrina: v., da un lato, M. CECCHETTI, *op. cit.*, 296 ss., 303 ss., 311, 315 ss., 331 s., e dall'altro C. PADULA, *L'asimmetria*, cit., 296 s.; C. PADULA, *Vizi procedurali*, cit., 513. Sul tema della «ridondanza fra ammissibilità e merito» v. *amplius* C. PADULA, *Aggiornamenti in tema di "ridondanza"*, in corso di pubblicazione in *le Regioni*, 3/2019.

<sup>38</sup> La lesione della sfera di competenza di cui all'art. 127 Cost. è un fenomeno giuridico (v. C. PADULA, *L'asimmetria*, cit., 343), che di regola non richiede *prove* da parte regionale. Le regioni devono argomentare in modo adeguato e poi spetta alla Corte accertare, eventualmente anche sulla base di argomenti diversi da quelli contenuti nel ricorso, se la norma statale impugnata violi o meno il parametro invocato. Nel caso di specie, l'effetto «escludente» di certi stranieri dalle prestazioni sociali e la conseguente lesione indiretta delle competenze regionali potevano e dovevano essere accertati dalla Corte sulla sola base di una valutazione giuridica delle norme statali e regionali, la cui interpretazione e applicazione spetta alla Corte come a qualsiasi altro giudice. E questo in effetti ha fatto la Corte in relazione all'art. 12, dimostrando che l'esclusione dei richiedenti asilo dallo SPRAR non ledeva le competenze delle regioni e degli enti locali. Solo eccezionalmente (v. le questioni *ex art.* 119, quarto comma, Cost.) la Corte ha richiesto una prova dell'«impatto» della legge statale. La [sent. 194/2019](#), nei punti 7 e 9, tende a trasformare il processo costituzionale in un processo *dispositivo*.

<sup>39</sup> Sul secondo e terzo profilo v. le parti della decisione relative agli artt. 1 e 13 (punti 7.8 e 9.2). Non è chiaro in che termini la Corte faccia riferimento alla ridondanza «in concreto». Come già detto, la lesione della sfera di competenza è un fenomeno giuridico, come confermato dalla costante giurisprudenza costituzionale secondo la quale «il giudizio promosso in via principale è condizionato alla mera pubblicazione di una legge che si ritenga lesiva della ripartizione di competenze, a prescindere dagli effetti che essa abbia prodotto» (di recente v. le [sentt. 166/2019](#), punto 4.1, [178/2018](#) e [195/2017](#); v. anche le [sentt. 224](#) e [260 del 1990](#), [94/1995](#), [407/2002](#)). Si può ricordare anche l'orientamento secondo il quale nel giudizio in via principale «le disposizioni legislative impuginate vanno valutate in se stesse, senza che assumano rilievo le modalità con le quali esse vengono (o non vengono) attuate sul piano amministrativo» ([sent. 252/2016](#), che cita precedenti). È noto, peraltro, che talora la Corte dà rilievo all'utilità concreta della decisione: v. ad es. i casi in cui la Corte dichiara il sopravvenuto difetto di interesse se la legge impugnata è stata modificata e non applicata *medio tempore* (qualora la modifica sia soddisfacente, la Corte dichiara la cessazione della materia del contendere: [sent. 44/2018](#)): su tale orientamento v. C. PADULA, *L'asimmetria*, cit., 339, 342 e 346.

Sotto questo secondo aspetto, la Corte nella [sent. 194/2019](#) esprime un chiaro auspicio per un'applicazione "costituzionalmente e internazionalmente" orientata dell'art. 1 d.l. 113/2018 (seguendo la scia della lettera scritta dal Presidente della Repubblica al Presidente del Consiglio dei ministri in occasione dell'emanazione del decreto) e chiarisce che le regioni possono comunque erogare servizi agli stranieri irregolari. Per il resto, la Corte precisa espressamente che la dichiarazione di inammissibilità dei ricorsi lascia impregiudicata la valutazione di costituzionalità delle norme impugnate, che potranno essere sindacate in via incidentale.

Dal canto suo, la [sent. 195/2019](#) tutela il diritto alla salute, dando un'interpretazione adeguatrice all'art. 21 d.l. 113/2018<sup>40</sup>, e dedica un'articolata argomentazione alla difesa del principio di legalità, sanzionando la vaghezza dei presupposti e del contenuto del potere sostitutivo prefettizio di cui all'art. 28.

Con riferimento ai rapporti fra Stato e regioni, la Corte ha adottato una interessante pronuncia di accoglimento in relazione all'art. 21-bis, riconducendo all'«ordine pubblico» la norma sulla sicurezza dei negozi ma riconoscendo che, ciononostante, vi è una «una possibile ricaduta sulla disciplina del commercio», che «richiede un coinvolgimento delle Regioni», anche in virtù dell'art. 118, terzo comma, Cost. ([sent. 195/2019](#)). Mi pare che in tal modo la Corte abbia "ammorbidito" la rigidità del criterio secondo il quale la prevalenza di materie esclusive statali mette "fuori gioco" il principio di leale collaborazione.

Apprezzabile è anche la pronuncia adottata dalla Corte in relazione all'art. 28 (poteri del prefetto sugli enti locali), là dove censura la vaghezza dei presupposti e del contenuto del potere sostitutivo prefettizio, ribadisce i capisaldi costituzionali dell'autonomia locale e afferma la necessità di rispettare l'art. 120 Cost., in relazione alla competenza governativa ([sent. 195/2019](#)).

Con riferimento alla "ridondanza", la Corte ha in primo luogo confermato che la lesione indiretta della competenza regionale può consistere in un semplice *condizionamento* dell'autonomia regionale (o degli enti locali)<sup>41</sup> e che questo, a sua volta, può tradursi nella circostanza che le regioni siano obbligate «a esercitare le proprie attribuzioni in conformità a una disciplina legislativa statale in contrasto con norme costituzionali»<sup>42</sup>. Si tratta di una nozione di ridondanza già emersa in recenti pronunce (v. [sentt. 5/2018](#), [75/2017](#), [287/2016](#), [244/2016](#), [145/2016](#)), che supera alcune rigidità del passato. In base ad essa, pare non necessario che la legge statale diminuisca i poteri regionali o elimini alcune garanzie dell'autonomia regionale: anche una legge statale "neutra" o ampliativa dei poteri regionali o favorevole per le finanze regionali (nel senso, ad esempio, di ridurre i destinatari delle prestazioni sociali) potrebbe essere contestata se comunque rappresenta un quadro illegittimo dell'azione regionale, che potrebbe risultare conseguentemente viziata.

La Corte ha poi, come detto, allargato l'area di esperibilità dell'impugnazione regionale, affermando espressamente in via generale ([sent. 194/2019](#)) la configurabilità della lesione di competenza indiretta anche nelle materie esclusive statali "in senso proprio" (non trasversali) e arrivando in un caso ad adottare una pronuncia sostanzialmente favorevole alle regioni (pronuncia interpretativa di rigetto in merito al DASPO urbano: [sent. 195/2019](#)).

In tal modo, la Corte pare aver ridotto l'asimmetria esistente fra Stato e regioni nel giudizio in via principale: se, da un lato, non risultavano condivisibili le tesi dottrinali che prefiguravano, dopo il 2001, un livellamento "verso l'alto" (nel senso della legittimazione regionale a denunciare qualsiasi vizio di costituzionalità) o "verso il basso" (nel senso della limitazione della legittimazione statale alla lesione della propria competenza), dall'altro un'interpretazione meno restrittiva della ridondanza risulta senz'altro coerente con la netta riduzione della supremazia statale, derivante dalla riforma del Titolo V. Dopo che la [sent. 5/2018](#) aveva già giudicato nel merito censure avanzate da una Regione contro la disciplina statale sui vaccini obbligatori, ritenuta illegittima anche per violazione di diritti fondamentali, le sentenze qui commentate<sup>43</sup> sembrano segnare un passo avanti della Corte nella ricerca del giusto equilibrio fra Stato e regioni.

---

<sup>40</sup> «essendo il diritto alla salute prevalente sull'esigenza di decoro dell'area e di contrasto, per ragioni di sicurezza pubblica, delle condotte – tutte sanzionate solo in via amministrativa – elencate nel comma 2 dell'art. 9 del d.l. n. 14 del 2017».

<sup>41</sup> V. i punti 5.3, 7.8.

<sup>42</sup> V. i punti 5.4, 7.7, 8.5.

<sup>43</sup> Salvi i punti "critici" della [sent. 194/2019](#), sopra indicati.

**Antonio Ruggeri**

## **La crisi del I Governo Conte e la rivincita della democrazia rappresentativa sulla pseudo-democrazia diretta delle piazze e del web**

SOMMARIO: 1. La rottura della “leale cooperazione” tra i *partners* di governo consumatasi nell’agosto scorso. – 2. L’annosa questione se abbia fondamento costituzionale la pretesa di andare subito a nuove elezioni a seguito dell’apertura di una crisi di governo, bisognosa di essere riconsiderata alla luce della generale questione concernente il rapporto tra *regole di diritto* e *regolarità della politica* e di una visione sistematica (in senso assiologico-sostanziale) della Costituzione. – 3. Il difetto di regolarità della politica idonee a far da “ponte” tra gli enunciati della organizzazione (e, segnatamente, quello di cui all’art. 94 della Carta) e gli enunciati espressivi di valore (a partire da quello di cui all’art. 1) e la riscoperta della democrazia parlamentare a discapito della pseudo-democrazia diretta delle piazze e del *web*. – 4. La giustificazione dell’appello immediato al corpo elettorale poggiante sulla supposta delegittimazione delle Camere, in tesi non più “rappresentative” a seguito delle elezioni europee, e il bisogno di far luogo ad un “bilanciamento” tra il dato in parola – ammesso pure che ne risulti provata la esistenza – ed altri fattori comunque meritevoli di scrupolosa attenzione, con specifico riguardo ai vincoli discendenti dall’appartenenza del nostro Paese all’Unione europea ed ai condizionamenti esercitati dai mercati internazionali. – 5. Anomalie e profili di particolare rilievo di cui si è avuto riscontro nel corso della vicenda qui commentata. – 6. La spinosa questione relativa all’autonomia di ruolo politico-istituzionale di cui può trovarsi effettivamente a godere il Presidente del Consiglio in seno ad una coalizione di governo composta da forze politiche fortemente contrapposte (un raffronto tra il I e il II Governo Conte). – 7. La piattaforma *Rousseau* e la conferma della strutturale incompatibilità della pseudo-democrazia diretta attraverso il *web* rispetto alla democrazia rappresentativa.

### *1. La rottura della “leale cooperazione” tra i partners di governo consumatasi nell’agosto scorso.*

L’analisi delle vicende relative alle crisi di governo, dalla loro apertura fino alla loro chiusura (nelle plurime forme in cui si manifestano), evoca in campo generali e ad oggi vessate questioni della teoria costituzionale, specificamente inerenti al modo d’intendere e far valere il ruolo della rappresentanza politica per un verso, l’essenza stessa della Costituzione e della sua forza per un altro verso.

Non torno qui a discutere, dopo averne detto ripetutamente altrove, delle ragioni costituzionali che possono addursi a giustificazione dell’apertura di una crisi di governo, specificamente riguardanti un’alterazione della struttura della coalizione maggioritaria (la c.d. “formula politica”) e/o un brusco mutamento di rotta dell’indirizzo politico da questa espresso<sup>1</sup>. Nella presente, particolarmente sofferta congiuntura, in cui appare essere un’impresa pressoché disperata il richiamo al rispetto dei canoni costituzionali tanto al piano dei rapporti interpersonali quanto a quello dei rapporti tra individui ed istituzioni e di queste ultime *inter se*, un rispetto che viene largamente meno per cause plurime e convergenti<sup>2</sup>, può rivelarsi a dir poco ingenuo, comunque praticamente improduttivo, che proprio dagli attori politici si pretenda che si mantengano fedeli alle regole, ove si convenga – come devesi convenire – a riguardo della loro irresistibile vocazione a debordare da ogni argine, per basso che sia e persino da quelli dagli stessi dapprima eretti e volti ad incanalarne variamente l’azione<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Raguagli possono, se si vuole, aversi dai miei *Le crisi di governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica*, Giuffrè, Milano 1990; *Le crisi di governo tra “regole” costituzionali e “regolarità” della politica*, in AA.VV., *Le crisi di governo nell’ordinamento e nell’esperienza costituzionale*, a cura di L. Ventura, Giappichelli, Torino 2001, 33 ss., nonché in *Pol. dir.*, 1/2000, 27 ss., e *Crisi di governo, scioglimento delle Camere e teoria della Costituzione*, in AA.VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a mia cura, Giappichelli, Torino 2011, 465 ss. ed in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 novembre 2010.

<sup>2</sup> Purtroppo, gli stessi massimi garanti dal sistema sembrano trovarsi obbligati dagli eventi a discostarsi, non di rado ed in significativa misura, dai canoni che stanno a base dell’esercizio delle loro funzioni, secondo quanto è peraltro testimoniato dalla invenzione di inusuali tecniche decisorie ovvero dall’adattamento alle circostanze delle tecniche preesistenti, piegandosi le regole (costituzionali e non) che le disciplinano alle esigenze dei casi (con specifico riguardo al Presidente della Repubblica, cenni a momenti al modo con cui si fa valere il controllo sulle leggi).

<sup>3</sup> ... tant’è che – come si preciserà a momenti – sembra sempre di più svilirsi, nella presente congiuntura politico-istituzionale, il rilievo e la forza regolatrice, pur nei limiti strutturali suoi propri, delle convenzioni costituzionali.

D'altro canto, l'esperienza ci consegna numerose testimonianze del fatto che, quando forze politiche coalizzate e componenti la maggioranza decidono di porre fine alla loro reciproca collaborazione, non v'è a conti fatti modo di obbligarle ad agire diversamente, pur laddove poi si fatichi a comprendere quali siano le vere ragioni che le hanno indotte a fare questo passo<sup>4</sup>.

Nella circostanza odierna, la ragione è palese: la Lega, galvanizzata dal risultato delle elezioni europee, ha ritenuto di rompere ogni indugio circa il tempo più propizio per porre fine all'innaturale connubio che la legava al MoVimento 5 Stelle, assecondando il *trend* che la dà in crescita vistosa rispetto alle ultime politiche e portando, dunque, subito all'incasso l'assegno in bianco firmatole dagli elettori nel maggio scorso.

Che l'apertura della crisi fosse nell'aria si sapeva da tempo: troppo marcata era la distanza di partenza tra le posizioni delle due forze politiche, accentuata e resa viepiù vistosa man mano che si procedeva nell'azione di governo il cui svolgimento dava quotidiane conferme delle sostanziali divergenze d'indirizzo dei due *partners* della coalizione, praticamente divisi su tutto (o quasi...) e perciò incapaci di tracciare una linea politica sulla quale far convergere le rispettive posizioni.

Al di là della motivazione che ha spinto il *leader* della Lega a fare il passo che ha fatto, la crisi aveva (ed ha), dunque, una sua reale e palpabile giustificazione nella ormai acclarata impossibilità di far proseguire la collaborazione tra le forze di maggioranza.

Diciamo pure le cose come stanno: quella esperienza di governo si è rivelata sin dal suo nascere un *monstrum* ricoperto dalla maschera seducente dei sorrisi di circostanza dei *leaders* delle due forze politiche della coalizione e del sedicente "avvocato del popolo", neominato Presidente del Consiglio. Il c.d. "contratto di governo" racchiudeva, dunque, al proprio interno un vizio non occulto, testimoniato dalla endemica conflittualità delle forze della coalizione, reciprocamente irriducibili ad una unità in grado di durare nel tempo<sup>5</sup>. Solo un ingenuo o uno sprovveduto avrebbe, perciò, potuto dar credito allo *slogan* martellante dei *leaders* stessi (soprattutto di quello che poi ha dato fuoco alla miccia della crisi...) secondo cui la maggioranza e il Governo che su di essa si fonda sarebbero durati l'intera legislatura, tanto più che non era affatto chiaro come si sarebbero potuti sciogliere i nodi al pettine di una manovra economica "lacrime e sangue" da mettere in cantiere alla ripresa della pausa estiva. L'esperienza, d'altronde, insegna che le forze politiche che si assumono la responsabilità di varare misure draconiane al fine di contenere gli effetti devastanti della crisi economica si trovano poi obbligate a pagare un costo salatissimo per il loro operato (v., ad es., quanto è da ultimo avvenuto in Grecia, con l'avvicendamento del Governo Mitsotakis a quello presieduto da Tsipras, reo di aver compiuto il miracolo di salvare il suo Paese dal fallimento di Stato, pur col costo gravosissimo di venire largamente meno ai principi nei quali si riconosceva il partito del Primo Ministro greco).

*2. L'annosa questione se abbia fondamento costituzionale la pretesa di andare subito a nuove elezioni a seguito dell'apertura di una crisi di governo, bisognosa di essere riconsiderata alla luce della generale questione concernente il rapporto tra regole di diritto e regolarità della politica e di una visione sistematica (in senso assiologico-sostanziale) della Costituzione*

Talvolta, però, la decisione di rottura del patto di coalizione si rivela essere il frutto di un errore di calcolo, pur laddove assunta da esponenti politici di consumata esperienza, quale indubbiamente è l'attuale segretario politico della Lega<sup>6</sup>. Solo che, una volta presa consapevolezza dell'errore stesso,

---

<sup>4</sup> ... tanto più quando la crisi poi si riavvolga su se stessa, chiudendosi con la riproposizione della stessa maggioranza e, alle volte, persino dello stesso Governo, con qualche marginale spostamento di pedina al proprio interno (esemplificazioni nei miei scritti sopra cit.).

<sup>5</sup> Come ha fatto notare una sensibile dottrina (A. MORELLI, *Crisi di governo e "surrealismo istituzionale"*, in [laCostituzione.info](http://laCostituzione.info), 22 agosto 2019), il "contratto" in parola "componeva gli opposti in un unico vago messaggio di appartenenza".

<sup>6</sup> Non si dimentichi che a lui principalmente si deve l'autentica mutazione genetica cui la Lega stessa è andata incontro, trasformatasi da movimento politico territorializzato ed a vocazione separatista in un vero e proprio partito diffuso in tutto il territorio della Repubblica e nazionalista ad oltranza.

l'ipotesi di far marcia indietro si è rivelata impraticabile davanti alla ferma chiusura manifestata dal *partner* di governo per un verso e, per un altro verso, dal parimenti fermo richiamo al rispetto delle regole da parte del Presidente del Consiglio, irremovibile nella sua decisione di rassegnare le dimissioni del Governo da lui presieduto malgrado il *coup de théâtre* del ritiro della mozione di sfiducia da parte della Lega reso noto lo stesso giorno, il 20 agosto scorso, in cui si svolgeva il dibattito al Senato sulla crisi (un ritiro espressivo di una sensibile oscillazione di tattica politica, forse di un vero e proprio sbandamento, della formazione partitica capeggiata da Salvini<sup>7</sup>).

La “parlamentarizzazione” della crisi avutasi nella vicenda odierna, frutto – come si sa – di autodeterminazione del Presidente del Consiglio e non già di una sollecitazione in tal senso da parte del Capo dello Stato, così come si è invece avuto in precedenti occasioni, si è dunque presentata – secondo uno schema teorico altrove descritto<sup>8</sup> – *di tipo medio*, avendo lo stesso Presidente Conte sollecitato il dibattito e tuttavia preannunziato che si sarebbe comunque dimesso<sup>9</sup>, prevenendo pertanto l'alea di un voto che – con apparente paradosso – avrebbe potuto anche essergli favorevole, obbligandolo così a riprendere la guida di un Governo sostenuto (e non sembri fantapolitica...) dalle stesse forze politiche componenti la maggioranza giallo-verde.

In un quadro politico estremamente confuso e fluido (si pensi solo alle molte “anime” presenti in seno al principale partito di opposizione, il PD, perennemente gravato dalla spada di Damocle di una possibile scissione<sup>10</sup>), è così tornata a riproporsi imperiosa la questione se abbia fondamento costituzionale la pretesa, avanzata da più parti (anche reciprocamente contrapposte)<sup>11</sup>, di immediate, nuove elezioni.

Com'è noto, secondo una tesi particolarmente accreditata<sup>12</sup>, lo scioglimento anticipato si porrebbe quale l'ultima spiaggia per una crisi non altrimenti risolvibile (segnatamente, con la riconferma della

<sup>7</sup> La presentazione della mozione in parola è stata paragonata da una sensibile dottrina ad un “bluff” pokeristico cui ha replicato un “rialzo in nessun modo fronteggiabile” da parte dell'altra componente della coalizione “capeggiata dallo stesso Presidente del Consiglio” (così l'*Editoriale* dal titolo [Crisi di governo e azzardi istituzionali](#), nelle [Cronache dalle Istituzioni](#) di questa [Rivista](#), 21 agosto 2019).

<sup>8</sup> Maggiori ragguagli, corredati da riferimenti all'esperienza politico-istituzionale fino ad allora maturata, possono aversi dal mio *Le crisi di governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica*, cit., ed *ivi* la classificazione delle crisi secondo “gradi” d'intensità crescente del coinvolgimento parlamentare, distinguendosi *a*) una “parlamentarizzazione” *in senso largo* o, diciamo pure, di *tipo debole* (in realtà, qualificata come “pseudoparlamentarizzazione”), quale si ha laddove il Presidente del Consiglio si presenti alle Camere per mero atto di ossequio nei riguardi della sollecitazione ricevuta dal Presidente della Repubblica, limitandosi tuttavia a manifestare la propria irrevocabile volontà di dimettersi, cui fa seguito il suo pronto allontanamento dall'aula, tant'è che in passato il Presidente della Camera non ha consentito il dibattito sulle dichiarazioni rese dal Presidente del Consiglio, a gran voce reclamato dalle forze politiche di opposizione, essendo venuto meno l'interlocutore naturale del Parlamento; *b*) una *semipiena* o di *tipo medio*, quale quella odierna, in cui la dichiarata volontà del Presidente del Consiglio di dimettersi non ha fatto da ostacolo allo svolgimento del dibattito; *c*) una, infine, *piena* o di *tipo forte*, connotata da dibattito e voto (specificamente al fine di sancire la ritrovata armonia tra i *partners* della coalizione maggioritaria e, dunque, a far riavvolgere la crisi in se stessa con la riconferma della fiducia al Governo in carica).

<sup>9</sup> Intenzione, questa, con ancora maggiore fermezza ribadita in sede di replica, specie a seguito dell'apertura manifestata dalla Lega per bocca dello stesso Salvini di riprendere la collaborazione interrotta, allo scopo di varare le riforme messe in cantiere, con specifico riguardo a quella, vigorosamente caldeggiata dal MoVimento 5 Stelle, volta ad una drastica riduzione del numero dei parlamentari.

<sup>10</sup> Va, nondimeno, segnalato che il 21 agosto (prima, dunque, dell'incontro in sede di prime consultazioni con il Capo dello Stato) la direzione nazionale del partito ha dato mandato all'unanimità – ciò che merita di essere rimarcato – al segretario N. Zingaretti di verificare la disponibilità di altre forze politiche (con un chiaro e specifico riferimento al MoVimento 5 Stelle) di dar vita ad un “governo di svolta per la legislatura”, sorretto da “un'ampia base parlamentare” e perciò nel segno della “discontinuità” rispetto al precedente, attorno a cinque punti qualificanti l'azione del futuro Governo, non senza aver previamente ribadito con fermezza come “in assenza di una chiara e solida maggioranza espressione del Parlamento attuale lo sbocco naturale della crisi siano nuove elezioni”. Concetti ribaditi da Zingaretti all'uscita dell'incontro con il Capo dello Stato in sede di consultazioni.

<sup>11</sup> In particolare, una vigorosa richiesta in tal senso è venuta dai partiti di centro-destra ma lo stesso PD, per bocca del segretario Zingaretti, sia prima che dopo la dichiarazione di Salvini di considerare chiusa l'esperienza del I Governo Conte, ha ripetutamente manifestato l'avviso che il suo partito è pronto ad andare subito al voto.

<sup>12</sup> ... e della quale si sono, ancora di recente, fatti portatori O. POLLICINO e G.E. VIGEVANI, *La crisi spiegata con la Costituzione: Repubblica “allergica” all'uomo forte*, in [Il Sole-24 ore](#), 21 agosto 2019. Maggiori ragguagli su questa

fiducia al Governo dimissionario, per effetto della ritrovata intesa tra le forze politiche espressive del Governo in carica, oppure con la formazione di un nuovo Governo *quale che sia*, purché ovviamente idoneo a godere del sostegno della maggioranza parlamentare).

È una tesi che, oltre a godere dei favori di una nutrita schiera di studiosi, risulta avvalorata da un consolidato orientamento del quale si sono fatti interpreti coloro che si sono avvicendati nell'ufficio di Presidente della Repubblica<sup>13</sup>, al di là della loro diversa sensibilità istituzionale<sup>14</sup> e malgrado il fatto di operare in contesti parimenti, complessivamente diversi, al punto di potersi considerare essersi ormai formata una vera e propria consuetudine interpretativa (o, meglio, integrativa) del dettato costituzionale in tal senso.

In realtà, la questione – come si diceva – rimanda a generali (e ad oggi assai discusse) questioni di ordine teorico, fino a coinvolgere – come si accennava all'inizio di questa succinta riflessione – il modo stesso d'intendere e far valere la Costituzione. Si tratta, infatti, di stabilire se dare assorbente e, a conti fatti, esclusivo rilievo alla lettera del dettato costituzionale (specificamente laddove richiede che il Governo debba godere della fiducia delle Camere) ovvero se si possa (e debba) altresì tenere conto (e, in tal caso, in che misura) di talune tendenze affermatesi nell'esperienza, tanto più laddove si rispecchino in regole della politica diffuse e radicate nel corpo sociale e nel sistema politico.

Non è di qui soffermarsi specificamente sul rapporto tra le *regole di diritto* (e, segnatamente, di diritto costituzionale) e le *regolarità della politica*, del quale si è discusso in altri luoghi di riflessione scientifica. Pochi dubbi, nondimeno, possono aversi a riguardo del peso che è da assegnare alle seconde, riconosciuto già in sede di definizione dello statuto teorico della scienza giuspubblicistica in Italia al momento della sua fondazione, tant'è che il suo più autorevole esponente, V.E. Orlando, ha – come si sa – ripetutamente e con dovizia di argomenti insistito sulla naturale vocazione del diritto in genere (e del diritto costituzionale in specie) a recepire, disvelandolo, quanto v'è di più profondo e radicato nei costumi e nell'esperienza di una comunità politicamente organizzata<sup>15</sup>.

Non si sta, ovviamente, qui a “pesare” se sia maggiore ovvero minore il rilievo delle regolarità in rapporto alle regole in un contesto segnato da una Costituzione strutturalmente laconica, ridotta all'osso, qual era la Carta albertina (ed altre Carte ad essa coeve), a confronto del modo con cui tutte tali regole

---

veduta in C. DE FIORES, *Sulla natura polivalente del potere di scioglimento delle Camere*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 139 ss., e P. COSTANZO, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, in AA.VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, cit., nonché in questa *Rivista, Studi, 2010* (23.XI.10), spec. §§ 7 e 8; v., inoltre, utilmente A. SPADARO, *Poteri del Capo dello Stato, forma di governo parlamentare e rischio di “ribaltone”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 22 settembre 2010, e, in senso critico, S. LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, Giuffrè, Milano 2016, spec. 103 ss.

<sup>13</sup> ... fino a quello in carica che, in chiusura del primo giro di consultazioni, ha personalmente dichiarato alla stampa il suo intento di dar modo alle forze politiche di verificare la possibilità di raggiungere una intesa e scongiurare così l'eventualità dello scioglimento delle Camere, rimandando all'esito di successive consultazioni, che si sarebbero tenute di lì a breve (il 27 e 28 agosto), ogni determinazione al riguardo.

<sup>14</sup> Efficacissimo il titolo dato da un'accreditata dottrina ad uno studio portato a termine molti anni addietro che, tuttavia, per l'aspetto ora in rilievo non ha perso attualità: v., dunque, A. BALDASSARRE - C. MEZZANOTTE, *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Laterza, Roma-Bari 1985.

<sup>15</sup> Proprio con riferimento agli sviluppi della forma di governo parlamentare il Maestro palermitano ribadiva, sul finire della sua lunga ed operosa esistenza, nello *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1951, ora in *Scritti giuridici varii (1941-1952)*, Giuffrè, Milano 1955, 19, il suo fermo e risalente convincimento a riguardo del rapporto tra esperienza e scrittura costituzionale, richiamandosi alla *sapientia iuris* dei Romani e facendo notare che “i giuristi romani, infatti, non meno degli anglosassoni, restarono fedeli nell'attendere allo sviluppo spontaneo del diritto e nel riconoscere in esso la vera ed unica forza conferita dai *mores maiorum* e dalla tradizione, mentre non sono certo superati dai tedeschi moderni per ciò che riguarda la ricostruzione in forma di sistema di quei principi che l'evoluzione giuridica era venuta formando e la trasformazione di essi in regole normative, ma derivate, non originarie” (sulla lezione metodico-teorica di Orlando, v., part., V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari 2018). Nella dottrina del nostro tempo, tra gli studiosi che maggiormente hanno colto, facendone oggetto di originale rielaborazione teorica, l'essenza di questo insegnamento è P. GROSSI, del quale v. almeno *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017. Sul suo pensiero, tra gli altri, v. O. ROSELLI, *L'invenzione del diritto (Considerazioni a margine di un recente libro di Paolo Grossi)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2018, 23 marzo 2018, e C. FARALLI, *L'“invenzione” della Costituzione a settant'anni dalla nascita. A proposito di Paolo Grossi*, *L'invenzione del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2018, 171 ss.



hanno modo di esprimersi in un contesto a Costituzione rigida. È un fatto, però, che il linguaggio costituzionale manifesta – dove più dove meno – il bisogno irrefrenabile di attingere *ab extra* quanto gli è necessario al fine della propria compiuta messa a punto e dell'incessante rinnovo semantico, solo in tal modo potendosi esprimere al meglio di sé e farsi valere in ragione delle peculiari esigenze dei casi.

È vero, nondimeno, pure l'inverso; e le stesse regolarità, oltre a doversi inscrivere entro la cornice costituzionale al fine di rendersi apprezzabili ed essere tenute nel dovuto conto, traggono, per la loro parte, alimento e sostegno dalle regole: con un rapporto – come si vede – di mutuo soccorso, in seno al quale è assai problematico, comunque scivoloso, stabilire quale siano le regole in grado di dare il maggiore apporto alle altre, offrendo loro il servizio che da esse si attendono allo scopo di potersi far valere e trasmettere integre nel tempo.

V'è però di più; e qui la questione rivela il suo profilo, forse, di maggior rilievo a finalità teorico-ricostruttiva. Non v'è infatti solo la strutturale laconicità degli enunciati della Carta e di quest'ultima nel suo insieme a spingere per la integrazione delle une con le altre regole, fino a pervenire alla loro stessa immedesimazione. V'è anche il bisogno di far valere fino in fondo, come si deve, il canone della interpretazione sistematica; ciò che appunto si ha facendo volgere gli enunciati relativi alla organizzazione in genere verso quelli di ordine sostantivo (con specifico riguardo a quelli che danno voce ai diritti fondamentali<sup>16</sup>) e tutti assieme verso gli enunciati espressivi in grado eminente dei valori che stanno a base dell'ordinamento, in nome dei quali in una certa congiuntura storico-politica si è combattuta la battaglia vittoriosa per la edificazione del nuovo ordine costituzionale.

La prima delle interpretazioni c.d. "conformi" – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – è proprio quella che prende forma in seno alla Carta, obbligando gli enunciati sia della parte sostantiva e sia pure (e soprattutto) della parte organizzatoria a volgersi verso i principi fondamentali per trarre da essi luce ed orientamento in sede applicativa.

Proprio qui si coglie ed apprezza il rilievo di certe regolarità, sempre che – si badi – sia provato che esse possiedano in sé l'attitudine e la forza richieste per concorrere alla rigenerazione e complessiva messa a punto semantica degli enunciati della Carta, sì da dar loro modo di potersi esprimere e far valere al meglio di sé, alle condizioni oggettive di contesto, assicurando allo stesso tempo il servizio al quale sono chiamati nei riguardi dei principi fondamentali.

Se, dunque, dovesse aversi il riscontro di regolarità volte a far sì che il corpo elettorale possa già al momento del voto operare una scelta chiara ed inconfutabile in ordine alla formula politica, vale a dire alla struttura della coalizione di governo, e persino con riguardo alla persona dalle forze politiche designata per l'ufficio di Presidente del Consiglio, ebbene laddove la coalizione vincente dovesse poi per qualsiasi causa venire meno, sarebbe assai arduo – a me pare – scongiurare il ritorno alle urne, seguitando stancamente a riproporre la tesi tradizionale secondo cui ciò che solo conta è che si riesca a formare un nuovo – autenticamente, sostanzialmente *nuovo* – Governo ed una nuova maggioranza in corso di legislatura. Ciò che, tuttavia, si porrebbe in palese scostamento dalla volontà inequivocabilmente espressa dagli elettori.

Verrebbe, infatti, in tal modo a riproporsi una lettura scollegata dell'art. 94 della Carta rispetto all'art. 1, anzi una lettura del primo in disprezzo del secondo, mettendosi inammissibilmente da canto quel canone della interpretazione assiologicamente orientata, *sistematica* (nella sua più densa e qualificante espressione), che – come qui pure si viene dicendo – risulta infatti imposta dal bisogno di preservare e far valere al meglio di sé l'unitarietà della Carta su basi di valore.

Questa, in estrema sintesi, la ricostruzione del modello costituzionale nella quale da tempo mi riconosco e che mi sono sforzato altrove di argomentare. L'appello immediato al popolo quale esito naturale di una crisi di governo trova dunque giustificazione unicamente laddove si abbia il sicuro riscontro di regolarità volte a precostituire rispetto al voto la formula politica e ad individuare lo stesso *leader* chiamato ad incarnarla ed a darvi il nome per effetto della sua chiamata alla Presidenza del Consiglio.

---

<sup>16</sup> ... nei quali – come si sa – è l'essenza stessa della Costituzione, secondo l'ispirato insegnamento consegnatoci dai rivoluzionari francesi e mirabilmente scolpito nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Questa condizione si è, tuttavia, da noi assai di rado avverata; comunque, per ciò che ora specificamente importa, non si è avuta in occasione della nascita del I Governo Conte, dal momento che le forze politiche che lo sostenevano si erano presentate alle elezioni dello scorso anno come reciprocamente alternative. Nessun “tradimento” della volontà degli elettori – come pittorescamente e strumentalmente si è da più parti affermato – si è dunque consumato nel momento in cui si è assistito all’avvicendamento di una diversa formula politica e di un nuovo Governo a quelli in modo non poco faticoso e sofferto venuti alla luce dopo le passate elezioni politiche<sup>17</sup>. Certo è però che nella storia politico-istituzionale della Repubblica sono stati assai rari i casi di passaggi da una maggioranza all’altra restando sempre al suo posto il Presidente del Consiglio<sup>18</sup>.

Il vero è che sono le stesse forze politiche, incoraggiate da un meccanismo elettorale complessivamente inadeguato e di dubbia conformità a Costituzione, a preferire di presentarsi alla competizione elettorale divise, riservandosi dunque di dar vita ad eventuali accordi di governo secondo occasionali convenienze, ovvero a presentarsi unite in coalizioni comunque incapaci di governare da sole e perciò naturalmente portate a sfaldarsi, com’è appunto avvenuto col fronte di centro-destra all’indomani del voto del 2018.

In un passato ormai remoto, ogni forza politica correva da sola alle elezioni, sollecitando gli elettori a firmarle una cambiale in bianco da portare all’incasso al momento opportuno; oggi, il meccanismo elettorale incoraggia la formazione di apparentamenti che poggiano su basi assai precarie, tanto da venire meno – come la casetta di paglia della favola dei tre porcellini – al primo soffio avverso. Come si vede, il quadro politico è con gli anni profondamente cambiato, il risultato pratico però lo è assai meno, ieri come oggi dimostrandosi assai complicato dar vita ad una maggioranza e ad un Governo dotati di un pur minimo grado di coesione interna.

*3. Il difetto di regolarità della politica idonee a far da “ponte” tra gli enunciati della organizzazione (e, segnatamente, quello di cui all’art. 94 della Carta) e gli enunciati espressivi di valore (a partire da quello di cui all’art. 1) e la riscoperta della democrazia parlamentare a discapito della pseudo-democrazia diretta delle piazze e del web*

Sta di fatto che il presente contesto, segnato da una strutturale fluidità del quadro politico e da una parimenti precaria debolezza del c.d. “sistema” politico<sup>19</sup>, ad oggi alla ricerca di una pur relativa quiete e stabilità, rifugge – come si è tentato altrove di mostrare<sup>20</sup> – dall’incoraggiare la formazione di nuove regolarità della politica, nel senso proprio di regole dotate di apprezzabile diffusione e saldo radicamento, in specie di regole idonee a dar modo al corpo elettorale di preconstituire al momento del voto la formula politica e di dotare di una sostanziale legittimazione diretta chi è chiamato al compito di incarnarla, ricoprendo l’ufficio di Presidente del Consiglio. In difetto di regolarità siffatte, provviste dell’attitudine ad “impressionare” con la loro *vis* espressiva le regole della Carta, se ne ha che queste ultime risultano praticamente abbandonate a se stesse, prive del necessario sostegno ed alimento offerto da quelle.

Lo scollamento tra le regole della organizzazione (e, segnatamente, di quelle che connotano la forma di governo) e i principi di base dell’ordinamento consegue appunto al venir meno del “ponte” tra le une e gli altri gettato da un’esperienza in seno alla quale sono ormai venute meno, in larga misura, le vecchie

---

<sup>17</sup> Che, poi, nella congiuntura odierna, per effetto del mutamento di maggioranza possano aversi riflessi non di poco conto sull’andamento delle attività parlamentari, specie per il dichiarato proposito degli esponenti della Lega Presidenti di Commissioni di restare al loro posto, è, ovviamente, da mettere in conto ma è una questione diversa da quella di cui ora si discute (ha prontamente toccato il punto S. CURRERI, *Le maggioranze cambiano i presidenti di commissione restano. Come risolvere il potenziale conflitto*, in [laCostituzione.info](#), 31 agosto 2019).

<sup>18</sup> Riferimenti, ora, in B. CARAVITA, *I governi Conte: aspetti problematici di diritto costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 5/2019, 3 settembre 2019, 5 s.

<sup>19</sup> Adopero qui pure la etichetta d’uso comune esclusivamente per la sua immediata capacità evocativa di senso; resto, ad ogni buon conto, persuaso che se ne faccia un uso improprio, sol che si pensi che essa implica una interna armonia e sia pur tendenziale stabilità oggi invece del tutto mancanti.

<sup>20</sup> V. il mio *Le convenzioni costituzionali: regole della politica in via di estinzione?*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli 14-15 giugno 2019, nella [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2019, 19 giugno 2019, 73 ss.

regolarità senza che siano state sostituite o, come che sia, rigenerate da nuove regolarità, in atto complessivamente carenti.

Sta qui una delle radici da cui trae linfa la riscoperta del significato e del ruolo della rappresentanza parlamentare<sup>21</sup>, lasciata priva dall'esito delle elezioni di indicazioni chiare e ferme in ordine alla struttura della coalizione di governo ed al nome di colui che dovrà assumersi la maggiore responsabilità della sua guida e tenuta assumendo il *munus* di Presidente del Consiglio. Lo stesso Conte ha tenuto a rimarcare più volte, in specie nel corso del suo intervento al Senato del 20 agosto, che è la sede parlamentare la sola idonea a fare chiarezza<sup>22</sup>; il che – come si diceva – implica la possibile formazione, a seguito del dibattito parlamentare, di più Governi, anche espressivi di formule politiche diverse, in corso di legislatura.

Di qui, poi, un effetto singolare – diciamo pure, un vero e proprio paradosso – venutosi a determinare ed a manifestare con lampante evidenza proprio nel corso delle vicende che hanno portato alla crisi che ha dato lo spunto per questa succinta riflessione; ed è che la promozione del ruolo della rappresentanza si deve anche (e in special modo) a quelle forze politiche che si fanno decise sostenitrici di un modello di governo fondato principalmente su una democrazia pseudo-diretta, che ha nelle piazze e nel *web* le sedi e gli strumenti cui quotidianamente si affida per affermarsi e farsi valere<sup>23</sup>. In realtà, come si è fatto altrove osservare, il populismo non genera autentica democrazia, pur nella varietà delle forme e delle espressioni storicamente avute, ma solo una sua deformata e degenera rappresentazione, la olocrazia<sup>24</sup>.

Si tratta, ad ogni buon conto, di una vera e propria eterogenesi del fine. L'effetto immediato e diretto conseguente alla mancanza di nuove regolarità della politica specificamente volte a dare un chiaro orientamento in ordine alla formazione del Governo e parimenti chiare indicazioni in merito al

<sup>21</sup> Del Parlamento quale “agorà elettiva per affrontare la crisi di governo” discorrono O. POLLICINO e G.E. VIGEVANI, nello scritto sopra già richiamato.

<sup>22</sup> Sin dalle prime battute del suo discorso al Senato, il Presidente del Consiglio ha dichiarato di aver avvertito il bisogno di presentarsi al Parlamento non già al fine di “rendere omaggio a mere regole di forma, bensì di rispettare regole che implicano sostanza politica, poste a presidio della piena tutela dei diritti di tutti i cittadini”, aggiungendo di non poter “permettere che questo passaggio istituzionale così rilevante possa consumarsi a mezzo di conciliaboli riservati, comunicazioni affidate ai *social*, dichiarazioni rilasciate per strada o nelle piazze, senza un pieno e ufficiale contraddittorio. L'unica sede in cui il confronto pubblico può svolgersi in modo istituzionale, in modo trasparente, è il Parlamento, dove sedete voi, rappresentanti della Nazione e di tutti i cittadini”.

<sup>23</sup> Sulla c.d. “democrazia elettronica” v. le avvertenze ancora di recente manifestate da P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, 71 ss.

<sup>24</sup> I rischi che il populismo fa correre alla democrazia sono largamente rappresentati in letteratura, pur con varietà di impostazioni e svolgimenti argomentativi [tra i molti altri, v. A. SPADARO, in più scritti, tra i quali *Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, V. Jovene, Napoli 2009, 2007 ss.; *Sui rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 26 gennaio 2017, spec. 19 ss. e, ora, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 77 ss. (e, in forma più estesa, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 17 settembre 2018); G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza e populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 29 luglio 2017; D. PALANO, *Populismo*, Editrice Bibliografica, Milano 2017; M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino 2017; G. GRASSO, *La “cifra democratica” del Movimento 5 Stelle alla prova dell'art. 49 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 3/2017, 616 ss.; A. MORELLI, *Il riduzionismo populista e i suoi effetti sulla rappresentanza politica e sulla giurisdizione*, in AA.VV., *La sovranità in Europa*, a cura di M. Blancato e G. don Di Rosa, Quad. di Notabilis, giugno 2019, 106 ss.; i contributi alla prima sessione, dedicata a *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, del Convegno AIC su *Democrazia, oggi*, Modena 10-11 novembre 2017, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e, part., *ivi*, la relazione di M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, 3 ss., già apparsa in *Rivista AIC*, 3/2018, 11 luglio 2018; nel vol. coll. ora cit., v., pure V. PAZÉ, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, 605 ss., e A. PERTICI, *La Costituzione italiana alla prova del populismo*, 621 ss. Inoltre, I. DIAMANTI - M. LAZAR, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Laterza, Roma-Bari 2018; A. VOßKUHLE, *Populismo e democrazia*, in *Dir. pubbl.*, 3/2018, 785 ss.; V. BALDINI, *Populismo versus democrazia costituzionale. In “dialogo” con Andreas Voßkuhle...*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2018, 23 luglio 2018; E. SCODITTI, *Populismo e diritto. Un'introduzione*, in *Questione Giustizia*, 10 settembre 2018; l'IMF Working Paper su *Populism and Civil Society*, curato da T. Boeri - P. Mishra - C. Papageorgiou - A. Spilimbergo, in *Astrid*, e, pure *ivi*, con specifico riguardo alla Germania, lo studio curato per conto della Bertelsmann Stiftung da R. VEHRKAMPF - W. MERKEL, *Populismusbarometer 2018. Populistische Einstellungen bei Wählern und Nichtwählern in Deutschland 2018*; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Mucchi, Modena 2019].

superamento dei conflitti tra i partiti uniti a sostegno del Governo stesso dà dunque fiato all'antica credenza, "razionalizzata" dalla lettera dell'art. 94 della Carta, che ammette la nascita di una nuova maggioranza e di un nuovo Governo in corso di legislatura, frutto di libera autodeterminazione della rappresentanza parlamentare.

*4. La giustificazione dell'appello immediato al corpo elettorale poggiante sulla supposta delegittimazione delle Camere, in tesi non più "rappresentative" a seguito delle elezioni europee, e il bisogno di far luogo ad un "bilanciamento" tra il dato in parola – ammesso pure che ne risulti provata la esistenza – ed altri fattori comunque meritevoli di scrupolosa attenzione, con specifico riguardo ai vincoli discendenti dall'appartenenza del nostro Paese all'Unione europea ed ai condizionamenti esercitati dai mercati internazionali*

Senonché le cose qui si complicano a motivo del fatto che, a stare all'insegnamento di un'autorevole dottrina, lo stesso valore democratico solleciterebbe a far luogo all'anticipata interruzione della legislatura laddove risultasse provato un mutamento significativo nella rappresentanza politica, quale ad es. testimoniato da consultazioni elettorali (e, tra queste, a giudizio di alcuni, potrebbe a buon diritto farsi rientrare il voto del maggio scorso per il rinnovo del Parlamento europeo). D'altronde, può piacere come non piacere ma è provato che la Lega oggi riscuota nel Paese consensi di sicuro più consistenti di quelli ottenuti in occasione delle elezioni politiche dello scorso anno. Per quest'aspetto, dunque, la pretesa avanzata da tale movimento (e, per ragioni varie, condivisa anche da altre formazioni politiche persino di segno opposto) di far luogo senza indugi a nuove elezioni parrebbe essere per vero fondata.

In disparte però ogni riserva che possa aversi circa il significato da assegnare a consultazioni diverse da quelle nazionali, ammesso anche che sia – come si diceva – provato un mutamento siffatto, occorre tenere conto di ulteriori fattori, parimenti bisognosi di attenta considerazione.

Non è, d'altronde, un caso che costante preoccupazione dei Presidenti della Repubblica fin qui succedutisi nella carica sia stata – come si diceva – quella di dar modo ad ogni soluzione diversa dall'anticipata chiusura della legislatura di potersi in via prioritaria affermare<sup>25</sup>. Ciò, in ragione del fatto che l'incertezza che sempre si accompagna ad ogni consultazione elettorale faccia pagare un costo, politico ed economico, assai difficile da sopportare. Non per mero accidente si è sostenuto che, in conseguenza della integrazione europea in corso ed a motivo del rilievo crescente dei condizionamenti esercitati dai mercati e dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, i Governi sono ormai tenuti, in buona sostanza, a godere, oltre che della fiducia delle Camere, anche (e in non secondaria misura) di quella dei *partners* europei e dei mercati internazionali<sup>26</sup>.

Non saprei dire se l'integrazione subita dall'art. 94, con la estensione dei soggetti della cui fiducia il Governo ha bisogno, sia il frutto di una convenzione costituzionale ovvero se si sia già in presenza di un'autentica consuetudine costituzionale (persino – si faccia caso – a proiezione interordinamentale), peraltro dotata – e il punto, al fine della ricostruzione che si va ora facendo, è molto importante – di "copertura" in principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, a partire da quello di cui all'art. 11, nel suo fare "sistema" con i principi fondamentali restanti.

Ancora una volta, come si viene dicendo, s'impone la necessità di far luogo ad una rilettura assiologicamente orientata degli enunciati di organizzazione (e, segnatamente, di quello di cui all'art. 94), caricandoli di nuovi significati adeguati ai tempi ed al bisogno di far valere al meglio, alle condizioni complessive di contesto, i valori fondamentali dell'ordinamento.

---

<sup>25</sup> Ed è chiaro che, laddove si accogliesse il punto di vista dietro rappresentato, secondo cui si sarebbe ormai formata una vera e propria consuetudine costituzionale avversa a scioglimenti che non siano comunque dettati dall'impossibilità di formare una maggioranza parlamentare quale che sia, non sarebbe il caso di proseguire oltre nell'esame della tesi favorevole all'anticipata chiusura della legislatura per il mutamento della rappresentanza.

<sup>26</sup> Questo punto di vista può vedersi rappresentato nel mio *Art. 94 della Costituzione vivente: "Il Governo deve avere la fiducia dei mercati"* (nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), 23/2011, 30 novembre 2011. Con specifico riguardo al ruolo esercitato dalle agenzie di *rating*, nella ormai ampia lett., v., di recente, A. VERNATA, *Costituzione, rating e sovranità nello spazio giuridico globalizzato*, in *Dir. pubbl.*, 3/2018, 979 ss.

Istruttiva, d'altro canto, in tal senso appare essere la vicenda maturata in occasione dell'approvazione della legge di bilancio nel dicembre dello scorso anno, a seguito di una defatigante trattativa tra il Governo e la Commissione europea e sotto la minaccia costante dell'apertura di una procedura d'infrazione a carico del nostro Paese. Non è a caso, poi, che i massimi organi di garanzia non abbiano attinto fino in fondo alle risorse di cui dispongono a presidio di un rigoroso rispetto della Carta.

Il Capo dello Stato – per ciò che qui maggiormente importa – preferisce, ormai in circostanze sempre più frequenti, non frapporre ostacoli all'adozione delle misure legislative adottate dal Governo e dalla maggioranza parlamentare che lo sostiene, pur non tacendo riserve e perplessità circa la loro piena conformità a Costituzione: anziché rinviare la legge, opta dunque per la sua promulgazione con motivazione... *contraria*<sup>27</sup>. Ed è sempre in questa cornice che s'inscrive la sofferta e discussa vicenda registratasi in occasione della proposta di Savona quale Ministro per l'economia del I Governo Conte, che ha visto una marcata sovraesposizione del Presidente della Repubblica, preoccupato – come lo stesso Presidente ha tenuto a precisare – di mettere al riparo i risparmi degli Italiani e di tranquillizzare i *partners* europei<sup>28</sup>.

Dal canto suo, la Consulta ha fatto (e fa) salve non poche volte norme di legge ed intere leggi (come, appunto, quella di bilancio del dicembre scorso), malgrado la loro contrarietà a Costituzione (*manifesta*, checché ne abbia detto il giudice costituzionale)<sup>29</sup>, specificamente laddove per effetto dell'accertamento della loro incostituzionalità si sarebbe aggravata (e si aggraverebbe) una situazione di crisi (specie, ma non solo, economica) dalle immediate e gravi conseguenze negative al piano dei rapporti con i *partners* europei.

Detto altrimenti e in breve: la gestione di una crisi di governo non può non tenere conto della “doppia fiducia” di cui ormai ogni Governo deve godere, da parte delle Camere e – con non minore rilievo – dell'Unione europea e dei mercati. Lo stesso valore democratico, che parrebbe vigorosamente spingere diritto verso il voto in caso di un'acclarata alterazione della rappresentanza parlamentare, si trova perciò obbligato a soggiacere – come si è veduto – ad operazioni di bilanciamento con altri valori

---

<sup>27</sup> Così, ad es., di recente, in occasione della conversione in legge del decreto Salvini-*bis*, avutasi nell'agosto scorso con la legge n. 77 del 2019. Di tutta evidenza, poi, le ragioni che hanno indotto il Capo dello Stato a far luogo alla immediata promulgazione della legge di bilancio dello scorso anno, pur non avendo trascurato di rappresentare incisivi rilievi in ordine ad alcuni suoi contenuti. Si capisce, invece, assai meno la disponibilità a collaborare alla entrata in vigore di atti normativi, quale appunto la legge di conversione suddetta, sui quali sono piovute da più parti critiche penetranti ed argomentate in ordine alla loro conformità a Costituzione, a partire da alcuni suoi valori fondamentali, quali quelli di solidarietà e di rispetto dei diritti inviolabili della persona.

<sup>28</sup> Nella ormai incontinentabile messe di scritti a commento, v., per tutti, AA.VV., *Dal “contratto di governo” alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, a cura di A. Morelli, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; ulteriori riferimenti in A. SPADARO, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, cit.

<sup>29</sup> Il punto è rimarcato in molti dei commenti alla [ord. 17 del 2019](#) [riferimenti nei contributi che sono in [Federalismi.it](#), 4/2019, e negli altri al seminario svoltosi a Firenze il 25 febbraio 2019 su *L'ordinanza 17/2019 della Corte costituzionale*, che sono in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019, ed alla tavola rotonda su *La garanzia costituzionale del procedimento legislativo*, organizzata dall'AIC e svoltasi a Catania l'11 giugno scorso, tra i quali, ora, P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale del procedimento legislativo: un quadro deprimente ad eziologia complessa*, in [Osservatorio AIC](#), 5/2019, 3 settembre 2019, e, pure *ivi*, F. FABRIZZI, *Il conflitto tra poteri quale strumento a tutela del procedimento legislativo*, e I.A. NICOTRA, *La Corte, il fattore tempo e il battesimo dei nuovi “mille” poteri dello Stato*, nonché, se si vuole, il mio *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in [Rivista AIC](#), 2/2019, 18 giugno 2019, 597 ss.; v., inoltre, G. SALVADORI, *Lo stile d'ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche suggestione sulla scia dell'ordinanza n. 207 del 2018)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019; nella stessa *Rivista*, C. MASCIOTTA, *Il nuovo limite delle “violazioni manifeste” nel conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato: un'arma spuntata per il singolo parlamentare*; Y.M. CITINO, *La “consolidata prassi” della questione di fiducia sul maxi-emendamento: osservazioni a margine dell'ordinanza n. 17 del 2019*, in *Rass. parl.*, 1/2019, 115 ss.; T.F. GIUPPONI, *Funzione parlamentare e conflitto di attribuzioni: quale spazio per i ricorsi «intra-potere» dopo l'ordinanza n. 17 del 2019?*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 291 ss.; F. FABRIZZI, *L'ord. 17/2019 e l'accesso del singolo parlamentare tra profilo soggettivo e profilo oggettivo*, in [Federalismi.it](#), 13/2019, 3 luglio 2019; L.F. PACE, *L'ord. n. 17/19 della Corte costituzionale e la (complicata) procedura di approvazione della legge di bilancio per il 2019, il procedimento ex Reg. UE n. 473/2013 e le ragioni della (conflittuale) appartenenza dell'Italia all'Eurozona*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 515 ss.].

costituzionalmente protetti e, in ultima istanza, con il valore della perdurante appartenenza dell'Italia all'Unione europea e persino della trasmissione integra nel tempo dell'esperienza ordinamentale in corso<sup>30</sup>.

Il bilanciamento è tenuto perlopiù sotto traccia, non portato cioè alla luce in tutta la sua crudezza, mascherato da argomenti artificiosi e fuorvianti, quale quello, sopra accennato, secondo cui la denuncia fatta, a mezzo dello strumento del conflitto di attribuzioni, dai parlamentari di opposizione della violazione delle regole costituzionali relative alla formazione della legge di bilancio può essere ammessa al sindacato della Corte unicamente laddove “manifesta” (senza che, peraltro, sia chiaro né quale sia il fondamento di siffatta delimitazione né quando mai potrà aversi un illecito costituzionale, sotto l'aspetto formale-procedimentale, ancora più “manifesto” di quello avutosi in occasione dell'approvazione della legge di bilancio messa a punto dal I Governo Conte<sup>31</sup>).

Sta di fatto che – piaccia o no – si danno congiunture al ricorrere delle quali l'immediato appello al popolo, pur laddove siano acclarati spostamenti significativi nei rapporti di forza tra i partiti per ciò che attiene ai favori degli elettori di cui ciascuno di essi gode, può risultare impraticabile laddove maturi una ricomposizione su basi nuove della maggioranza parlamentare, tanto più se, facendosi luogo allo scioglimento delle Camere, dovessero risultare a conti fatti pregiudicati interessi di cruciale rilievo per l'intera collettività e dotati di specifica “copertura” costituzionale.

##### *5. Anomalie e profili di particolare rilievo di cui si è avuto riscontro nel corso della vicenda qui commentata*

È nella cornice di un quadro connotato dal ritorno al centro della scena delle Camere, consegnandosi loro il potere di sancire il fallimento del tentativo di formare un Governo quale che sia<sup>32</sup> o, all'opposto, d'imprimere il sugello alla nascita di una nuova formula politica, quand'anche dovesse poi nei fatti rivelarsi di corto respiro (tra l'altro, nella circostanza odierna, si era da subito profilato l'esito della nascita di un Governo c.d.<sup>33</sup> “tecnico” o di “scopo”, chiamato a varare la manovra economico-finanziaria assicurando la tenuta dei conti pubblici e far quindi traghettare il Paese verso la sponda del voto, ipotesi poi rapidamente accantonata per far posto alla nascita di un Governo giallo-rosso, la cui capacità di tenuta è nondimeno tutta da verificare), che si inscrivono alcune anomalie e taluni profili di particolare interesse di cui si è avuto riscontro nel corso della vicenda qui commentata.

La prima anomalia attiene alla presentazione di una mozione di sfiducia da parte della Lega, coerente con l'iniziativa assunta dal suo *leader* volta a rescindere il “contratto di governo” stipulato con il MoVimento 5 Stelle, mozione tuttavia non calendarizzata e poi ritirata. La qual cosa si presta oggettivamente a plurime interpretazioni o, diciamo pure, illazioni: da quella data a caldo, una volta chiuso il dibattito al Senato il 20 agosto scorso, dal Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio G. Giorgetti rispondendo ad una puntuale domanda in tal senso del giornalista F. Giorgino nel corso di uno *special* del TG1, secondo cui non aveva pratico senso mantenere la mozione stessa a seguito del preannuncio dato dal Presidente del Consiglio della sua intenzione di dimettersi lo stesso giorno, all'altra – con ogni

---

<sup>30</sup> Non è senza significato che lo stesso Presidente del Consiglio, nelle dichiarazioni rese al Senato il 20 agosto, abbia affermato che “far votare i cittadini è l'essenza della democrazia. Sollecitarli a votare ogni anno è irresponsabile”.

<sup>31</sup> Ho già anticipato queste perplessità e riserve nel mio *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, cit.

<sup>32</sup> ... portando diritto alla nascita di un Governo “elettorale”, analogamente a quanto si è avuto nel 1987 con il Fanfani VI. Una vicenda, questa, dall'andamento per molti versi anomalo, sol che si pensi che il Governo era un monocolore DC con l'apertura ad alcuni “tecnici”: riscosse il voto favorevole di forze politiche che non ne facevano parte (socialisti, socialdemocratici e radicali), mentre la stessa DC, di cui era espressione, si astenne alla Camera. Dimessosi prontamente, portò subito allo scioglimento delle Camere, restando nondimeno in carica per poco più di tre mesi.

<sup>33</sup> ... in realtà impropriamente qualificato come “tecnico”, sol che si pensi che esso è comunque chiamato ad adottare misure di natura politica, avvalendosi della cooperazione dell'organo politico per antonomasia, da cui prende nome la forma di governo prescelta dal Costituente (per un quadro di sintesi in prospettiva comparata, v. AA.VV., *Governi tecnici e tecnici al governo*, a cura di M. Volpi, Giappichelli, Torino 2017 e, più di recente, F. DURANTI, *Governi tecnici comparati*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2019, 345 ss.).

probabilità maggiormente fondata – espressiva dell'intento della Lega di lasciare aperta la porta verso esiti diversi da quello di una immediata e traumatica conclusione della legislatura<sup>34</sup>.

La seconda anomalia è data dalla imbarazzante e surreale immagine ripresa dalle telecamere al momento del dibattito suddetto che ha visto, in un primo momento, il Ministro dell'interno seduto alla destra del Presidente del Consiglio, costretto ad assistere in silenzio<sup>35</sup> ai duri rilievi critici mossigli da parte di quest'ultimo<sup>36</sup>, mentre al momento della sua replica ha preferito prendere posto tra i banchi della formazione di appartenenza. Una immagine, questa, che ha reso efficacemente ed inequivocabilmente la doppia “anima” della Lega quale movimento di governo e, allo stesso tempo, di... *opposizione* e che ha reso altresì evidente la distanza divenuta incolmabile tra il Presidente del Consiglio e il Ministro Salvini a seguito della sortita di quest'ultimo volta ad aprire la crisi, nel mentre pieno ed incondizionato apprezzamento circa l'operato del primo è stato manifestato dal MoVimento 5 Stelle.

Tutto ciò testimonia la netta separazione di giudizio politico espresso, rispettivamente, nei riguardi del Governo nella sua interezza e dei suoi singoli esponenti. E così, il Movimento suddetto ha rinnovato – come si è appena rammentato – la propria fiducia alla persona del Presidente del Consiglio, scindendo in tal modo la responsabilità del *partner* di coalizione da quella dell'intero Governo.

Si faccia caso come quest'atteggiamento risulti speculare a quello tenuto durante l'intero corso dell'esperienza di governo dai partiti di centro-destra, dichiaratisi costantemente e risolutamente contrari all'alleanza tra i 5 Stelle e la Lega e, allo stesso tempo, pronti a riproporre l'unità di azione politica con quest'ultima. Insomma, hanno sistematicamente “sfiduciato” nei fatti il Governo ma rinnovato la loro fiducia ad una delle forze politiche che lo componevano, sollecitandone il ravvedimento e, dunque, il ritorno – come il figliol prodigo della nota parabola dell'evangelista Luca – alla casa madre.

La terza anomalia attiene alla circostanza, giudicata frutto di atteggiamento incoerente dal Presidente del Consiglio (e, ovviamente, dalle opposizioni), che ha visto i Ministri della Lega (a partire dallo stesso Salvini) restare al loro posto senza rassegnare le dimissioni pur avendo dichiarato di considerare ormai conclusa la loro cooperazione al Governo con il MoVimento 5 Stelle e il Presidente del Consiglio. Nessun obbligo giuridico in tal senso, ovviamente, si dava (e si dà) ma il problema politico comunque si poneva ugualmente in tutta la sua portata. Ulteriormente incoerente, poi, il maldestro tentativo posto in essere dalla Lega stessa di ricucire l'alleanza dapprima inopinatamente stracciata, spintasi – secondo voci confermate da Di Maio ma smentite dalla Lega – fino al punto di offrire (senza successo) allo stesso “capo politico” dei 5 Stelle la Presidenza del Consiglio.

Un profilo politicamente rilevante ha, poi, avuto riguardo al “rilancio” effettuato dal MoVimento 5 Stelle rispetto ai cinque punti indicati dalla direzione nazionale del PD come qualificanti il programma del futuro Governo, una prima volta raddoppiati dal Movimento in parola e quindi rappresentati al Presidente della Repubblica in sede di consultazioni e uno ad uno indicati alla stampa a conclusione dell'incontro con il Presidente stesso (cosa di per sé alquanto inusuale, rivelatrice di sicumera politica ma, ovviamente, alquanto rischiosa, esponendosi alla sua eventuale delegittimazione, una volta andate a buon

---

<sup>34</sup> D'altronde, la disponibilità dichiarata dalla Lega e ripetuta nel corso del dibattito al Senato del 20 agosto a concorrere all'approvazione della legge di revisione costituzionale volta ad una drastica riduzione del numero dei parlamentari, laddove fosse stata favorevolmente accolta dal MoVimento 5 Stelle (e dallo stesso Presidente del Consiglio), avrebbe portato all'effetto di spostare significativamente in avanti la data della fine dell'esperienza del I Governo Conte.

<sup>35</sup> ... un silenzio comunque eloquente, in quanto accompagnato da una gestualità particolarmente espressiva, in linea con la personalità dell'uomo.

<sup>36</sup> ... specie per l'aspetto – ha fatto notare il Presidente Conte – della “scarsa sensibilità istituzionale e grave carenza di cultura costituzionale” evidenziate dalle “scelte compiute” e dai “comportamenti adottati in questi ultimi giorni dal Ministro dell'Interno”.

“Talmente surreale da apparire onirico”, in particolare, è stato qualificato (da A. MORELLI, *Crisi di governo e “surrealismo istituzionale”*, cit.) il contesto che ha visto Salvini estrarre di tasca e baciare un crocifisso a seguito della reprimenda di Conte circa la ostentazione da parte del primo di simboli religiosi, comportamento giudicato espressivo di “incoscienza religiosa” (apprezzamento per il richiamo al principio di laicità fatto dal Presidente del Consiglio è nell'*Editoriale* dal titolo [Principio di laicità, “incoscienza religiosa” e responsabilità di governo](#), nelle [Cronache dalle Istituzioni](#) di questa [Rivista](#), 23 agosto 2019).

fine le trattative con il PD<sup>37</sup>); una seconda volta, poi, in sede di consultazioni con il Presidente del Consiglio incaricato i punti in parola sono stati quadruplicati e giudicati non negoziabili, sollevando la pronta e ferma reazione del PD che per bocca di suoi autorevoli esponenti ha qualificato la posizione dei 5 Stelle come espressiva di un vero e proprio *ultimatum* inaccettabile. Al primo posto del catalogo esposto dal “capo politico” del Movimento, L. Di Maio, figura la riduzione del numero dei parlamentari, mentre ai primi due posti della proposta politica del PD approvati dalla direzione nazionale troviamo annoverati “l’impegno e l’appartenenza leale all’Unione europea per una Europa profondamente rinnovata” e “il pieno riconoscimento della democrazia rappresentativa incarnata dai valori e dalle regole scolpite nella Carta costituzionale a partire dalla centralità del Parlamento”.

Le gambe politiche su cui dovrebbe dunque camminare spedita la nuova coalizione di governo sono state accuratamente descritte dalle forze politiche che si sono fatte premura di precisare i punti qualificanti del programma del nuovo Governo ancora prima di presentarsi a consulto con il Capo dello Stato: in un momento, dunque, in cui non era ancora sicuro che si sarebbe scongiurata l’anticipata chiusura della legislatura e, comunque, era *in mente Dei* la persona che avrebbe potuto ricevere l’incarico di formare il Governo stesso.

Un secondo profilo degno di nota attiene alla definizione della struttura della nuova coalizione di governo, specificamente per ciò che attiene al suo vertice. È interessante osservare che si è rivelato ancora più fitto il nodo della Vicepresidenza rispetto a quello della Presidenza del Consiglio. La “svolta” politica, sollecitata dal PD, non ha fatto da ostacolo alla riconferma di Conte alla Presidenza, accettata dallo stesso PD dopo una iniziale (ma, tutto sommato, debole) resistenza, mentre il nodo della riconferma di Di Maio alla Vicepresidenza si è rivelato assai stretto, tanto da essersi svolta attorno ad esso una sofferta trattativa tra i due principali *partners* della nuova coalizione<sup>38</sup>. Ne è evidente la ragione: la riproposizione di una doppia Vicepresidenza, quale quella avutasi nel I Governo Conte, avrebbe reso – a dire degli esponenti del PD e di molti commentatori – un’immagine squilibrata della nuova alleanza, essendo lo stesso Conte stato designato in modo “secco” dai 5 Stelle per l’ufficio di Presidente del Consiglio<sup>39</sup>. C’è da dire, nondimeno, che il braccio di ferro ruotava attorno ad una questione di carattere simbolico, ove si tenga presente che l’esperienza fin qui maturata ha conosciuto Vicepresidenze meramente onorifiche, il titolo nulla di più aggiungendo alla sostanza delle funzioni riconducibili alla qualità di Ministro. La stessa legge 400 del 1988, peraltro, come si sa, non specifica, per questa come per altre figure componenti la compagine governativa, i compiti ad essa assegnati, con la sola eccezione di quello della sostituzione del Presidente assente in occasione dello svolgimento delle sedute del Consiglio dei Ministri.

I simboli, ad ogni buon conto, nelle vicende politico-istituzionali hanno il loro innegabile rilievo, tanto più nella presente congiuntura segnata da una forte esposizione mediatica delle vicende stesse. Sta di fatto però che l’immagine data in corso di trattative tra i *partners* di governo alla pubblica opinione è stata, per l’aspetto ora considerato, francamente “penosa”<sup>40</sup>.

Per l’aspetto politico-sostanziale (un aspetto il cui esame deve, tuttavia, restare estraneo a questo studio), sarà comunque interessante vedere quale sarà il peso effettivo che potrà essere riconosciuto a Di Maio nell’azione di governo a fronte del nuovo ruolo che promette di svolgere Conte.

L’ultimo profilo meritevole di essere evidenziato, che poi in realtà precede e condiziona ogni altro, è dato dalla linea ferma e marcata tracciata dal Capo dello Stato per lo svolgimento della crisi: tempi brevissimi concessi alle forze politiche per lo scioglimento del nodo di fondo e, con esso, dell’alternativa tra un Governo c.d. di “garanzia”, col compito di portare il Paese alle elezioni anticipate, ed un Governo

<sup>37</sup> Con maggiore prudenza ed accortezza, il segretario del PD, N. Zingaretti, si è ben guardato al termine dell’incontro con il Capo dello Stato di fare menzione analitica dei punti giudicati irrettrabili dal suo partito.

<sup>38</sup> ... che peraltro ha dato, per la sua parte, conferma del fatto che i problemi di struttura, con gli equilibri ad essi sottesi, hanno avuto un rilievo complessivo di certo non inferiore a quello dei contenuti degli accordi di governo.

<sup>39</sup> Un dato di fatto, questo, innegabile (e, peraltro, riconosciuto dallo stesso Presidente del Consiglio, che pure ha tenuto a rimarcare la sua estraneità al Movimento 5 Stelle).

<sup>40</sup> Così, R. BIN, *Il (falso) nodo delle vicepresidenze e una possibile soluzione alternativa*, in [laCostituzione.info](http://laCostituzione.info), 2 settembre 2019, cui si deve altresì la proposta di dar vita, in alternativa alle Vicepresidenze stesse, al Consiglio di Gabinetto. E, invero, in passato – come si sa – vi si è fatto più volte ricorso, per quanto in un contesto connotato da coalizioni di più forze politiche, mentre qui i principali *partners* di governo sono solo due.



di ampio respiro, in prospettiva idoneo a durare fino alla conclusione naturale della legislatura (e, comunque, a lungo)<sup>41</sup>.

Di qui, la condizione posta dal Presidente Mattarella per il conferimento dell'incarico a Conte, subordinato all'impegno previamente assunto dal MoVimento 5 Stelle e dal PD di dar vita alla nuova coalizione di maggioranza<sup>42</sup>. Preoccupazione evidente del Capo dello Stato è stata, infatti, quella di scongiurare ad ogni costo l'eventualità che l'incarico potesse non andare a buon fine, per gli effetti negativi che se ne sarebbero avuti tanto al piano economico-finanziario quanto a quello delle relazioni internazionali e con i *partners* europei del nostro Paese.

Gli accordi di governo hanno, in tal modo, esibito il loro carattere di accordi *in progress*, per una parte già delineati (sia pure molto sommariamente) ancora prima del conferimento suddetto e per un'altra parte messi a fuoco e definiti in un momento successivo, con riflessi immediati per la posizione del Presidente del Consiglio sia in corso di esecuzione dell'incarico e sia (e soprattutto) per l'esercizio del suo ruolo una volta investito dell'ufficio.

*6. La spinosa questione relativa all'autonomia di ruolo politico-istituzionale di cui può trovarsi effettivamente a godere il Presidente del Consiglio in seno ad una coalizione di governo composta da forze politiche fortemente contrapposte (un raffronto tra il I e il II Governo Conte)*

Sarebbe, ad ogni buon conto, un errore supporre che, per effetto della indicazione dei contenuti qualificanti il programma da parte delle due principali forze politiche componenti la nuova maggioranza sin da prima che le stesse avviassero ufficialmente le trattative per la formazione del Governo, potesse riproporsi il contesto, prefigurato in molti commenti apparsi all'indomani della formazione del I Governo Conte, che veda le forze politiche definire *in modo diretto ed esclusivo*, senza cioè la mediazione necessaria del Presidente del Consiglio incaricato, i contenuti più salienti degli accordi di governo, della cui fedele esecuzione lo stesso Presidente del Consiglio risulti quindi chiamato a farsi garante.

Al tempo della nascita del I Governo Conte, per vero, erano in molti a ritenere che il Presidente del Consiglio si sarebbe trovato nella scomoda situazione in cui versa il classico vaso di coccio stretto tra due vasi di ferro.

Oggi, però, il quadro è sensibilmente cambiato. Conte sembra non essere più – come, invece, si temeva al momento del varo del suo I Governo – il mero esecutore della volontà concordata dai *leaders* dei partiti della coalizione, dopo aver esperito, nei limiti consentitigli dalle circostanze, una faticosa e di sicuro non poco sofferta opera di ricucitura tra le proposte divergenti dagli stessi prospettate. Dà piuttosto l'impressione di essersi conquistato sul campo una qualche autonomia di ruolo politico-istituzionale<sup>43</sup>, specificamente apprezzabile già nella stagione dell'alleanza giallo-verde sul versante dei rapporti con la Commissione e i *partners* europei<sup>44</sup> e che ha avuto forse la sua più eloquente testimonianza nel discorso tenuto al Senato il 20 agosto scorso, avendo tra l'altro resistito alle lusinghe del *leader* della Lega dettate da una tardiva e sterile respicenza, ed una significativa conferma nelle dichiarazioni rese alla stampa

---

<sup>41</sup> Sulla necessità di fare “presto e bene” opportunamente si sofferma l'*Editoriale* dal titolo [Perimetro della Costituzione e riposizionamento della politica](#), nelle [Cronache dalle Istituzioni](#) di questa [Rivista](#), 29 agosto 2019.

<sup>42</sup> Ciò che, nondimeno, non ha distolto il “capo politico” del MoVimento 5 Stelle dal proposito di riaprire, a seguito delle “consultazioni” con il Presidente del Consiglio incaricato, la partita con una sortita che ha destato sorpresa e vero e proprio sconcerto, subordinando il futuro accordo di coalizione all'accoglimento dei venti punti programmatici indicati dallo stesso MoVimento: una sortita – come si diceva – qualificata come ultimativa dal PD e, come tale, inaccettabile, peraltro fatta oggetto di un severo ed ironico appunto critico da parte dello stesso Grillo, che ha chiaramente preso le distanze dal “capo politico” dei 5 Stelle.

L'impegno assunto dal MoVimento in parola risultava, poi, pur sempre gravato dall'incognita della consultazione tramite la piattaforma *Rousseau*, della quale si dirà sul finire di questa riflessione.

<sup>43</sup> Qualcuno si è addirittura spinto – affrettatamente e in modo francamente azzardato – a dichiarare che ormai il nuovo, vero *leader* dei 5 Stelle sarebbe lo stesso Conte, al posto di Di Maio.

<sup>44</sup> A lui ed al Ministro Tria, in particolare, va il merito di aver evitato l'apertura della procedura d'infrazione da parte della Commissione europea, a fronte del *pressing* esercitato dalla Lega (e, specificamente, dal suo *leader* politico) per una manovra finanziaria disallineata rispetto ai vincoli discendenti dall'Unione.

subito dopo aver ricevuto l'incarico di formare il Governo. Un'autonomia, dunque, che ha avuto sul terreno della salvaguardia delle regole – come lo stesso Conte ha dichiarato al Senato e successivamente più volte ribadito – la sua più visibile espressione, senza nondimeno che ciò abbia fatto da ostacolo ad uno spostamento del Presidente del Consiglio dalla parte dei 5 Stelle ancora più marcato rispetto al tempo della nascita del primo Governo da lui presieduto<sup>45</sup>. Non è per mero accidente, d'altronde, che Conte sia stato designato dai 5 Stelle – come si diceva – in modo “secco” quale l'unico possibile successore di se stesso, con l'effetto di dar fiato alla pretesa del PD di avere assegnata ad un suo autorevole esponente la Vicepresidenza<sup>46</sup>. La pretesa è quindi stata – come si sa – ritirata davanti all'irrigidimento del “capo politico” dei 5 Stelle, fermo nella sua richiesta di mantenere una delle due Vicepresidenze, optandosi alla fine per la soluzione di dar vita ad un Governo senza Vicepresidenti. Un esito, questo, che per la sua parte può concorrere a rimarcare agli occhi della pubblica opinione il rilievo del ruolo politico-istituzionale del Presidente del Consiglio.

Non è, poi, senza significato il fatto, dietro accennato, che la designazione del Presidente del Consiglio in occasione della nascita del I Governo Conte si sia avuta solo dopo che il “contratto di governo” era stato praticamente in ogni sua parte definito dalle forze politiche componenti la maggioranza, ancora prima (ed indipendentemente dal fatto) che venisse conferito l'incarico della formazione del Governo e che, perciò, lo stesso Presidente del Consiglio *in pectore* potesse porsi quale punto obbligato di riferimento per siffatta definizione<sup>47</sup>.

Di contro, l'intero andamento della vicenda che ha portato al superamento della crisi, a partire dall'incontro svoltosi il 26 agosto scorso a Palazzo Chigi, cui si è sopra accennato, lascia intendere che il Presidente del Consiglio si sia oggi trovato ad esercitare un ruolo non meramente passivo nella messa a punto dei contenuti maggiormente salienti del programma del nuovo Governo, malgrado il carattere dettagliato dei punti qualificanti l'azione del Governo stesso rappresentati in special modo – come si è rammentato poc'anzi – dai 5 Stelle al Presidente del Consiglio<sup>48</sup>.

Se la ricostruzione dei fatti qui affacciata rispecchia il vero, se ne ha l'impossibilità di riproporre il timore paventato da molti studiosi al momento della nascita del I Governo Conte che il ruolo costituzionale del Presidente del Consiglio potesse subire una palese, grave *deminutio capitis*, schiacciato dalla personalità prorompente dei *leaders* delle formazioni politiche di maggioranza<sup>49</sup>.

Si diceva che il quadro politico è oggi sensibilmente mutato; non diverso, tuttavia, appare essere un suo tratto di fondo, che rischia in ogni momento di far “saltare” la fragile intesa faticosamente raggiunta<sup>50</sup> e che è dato dalla strutturale incompatibilità delle due principali forze politiche della nuova maggioranza<sup>51</sup>,

<sup>45</sup> Indicativa in tal senso la precisazione fatta da autorevoli esponenti del PD secondo cui l'incontro svoltosi a Palazzo Chigi nella serata del 26 agosto ha avuto luogo tra le “delegazioni” dei due partiti costitutivi della nuova maggioranza, rispettivamente composte, l'una, da Zingaretti ed Orlando e, l'altra, da Di Maio e, appunto, Conte. Di contro, da parte dei 5 Stelle (e, segnatamente, del loro “capo politico”) si è tentato di accreditare l'idea della equidistanza del Presidente del Consiglio dai due *partners* di governo.

<sup>46</sup> Il carattere unico di quest'ultima sarebbe, dunque, stato, per la sua parte, indicativo del mutamento di quadro registratosi rispetto al I Governo Conte, ancora di più di ciò che si è avuto con l'azzeramento delle Vicepresidenze.

<sup>47</sup> Per vero, Conte ha più volte tenuto a precisare di aver dato il proprio concorso alla definizione dei contenuti programmatici; sta di fatto, però, che il “contratto di governo” era, in buona sostanza, bell'e fatto prima ancora che egli ricevesse l'incarico di formare il Governo.

<sup>48</sup> Ha rilevato per tempo e con compiacimento il “ripristino della logica costituzionale che vuole che, nella scelta della compagine ministeriale e nella predisposizione del programma, il ruolo del Presidente del Consiglio incaricato sia centrale e non surrogabile” l'*Editoriale* dal titolo *C'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico ...*, nelle *Cronache dalle Istituzioni* di questa *Rivista*, 29 agosto 2019.

<sup>49</sup> Riferimenti nel mio *Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione*, in AA.VV., *Dal “contratto di governo” alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, cit., 43 ss., nonché in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 10 giugno 2018.

<sup>50</sup> Fa da cattivo presagio in tal senso la sortita di L. Di Maio, cui si è fatto dietro cenno, che ha fatto temere il fallimento del tentativo di Conte di formare il nuovo Governo.

<sup>51</sup> Per vero, è specificamente il MoVimento 5 Stelle ad avere nel suo DNA il connotato identificante della avversione nei riguardi di tutti i partiti protagonisti della scena politica, di maggioranza come di opposizione, cui – a suo dire – si devono i guasti e le disfunzioni del sistema di governo della cosa pubblica. È stato, nondimeno, formulato da autorevoli

testimoniata dalle contrapposizioni che ne hanno caratterizzato l'azione politica sia prima che dopo la nascita del I Governo Conte. Ciò che, dunque, fa sì che le forze stesse verosimilmente si troveranno obbligate dalla loro stessa natura a quotidiane e defatiganti rinegoziazioni dell'intesa stessa sotto la pressione di continue e gravi emergenze.

Staremo, ad ogni buon conto, a vedere quale potrà essere lo spazio di manovra di cui disporrà il Presidente del Consiglio, prevedibilmente ed auspicabilmente maggiore di quello goduto nel precedente Governo, vuoi per l'andamento complessivo della vicenda che ha portato alla nascita del Conte II, vuoi ancora per il richiamo fatto dallo stesso Presidente del Consiglio ad un rinnovato impegno per una scrupolosa osservanza delle regole di ordine istituzionale e vuoi infine (e soprattutto) per l'uscita dal Governo di una personalità forte ed ingombrante qual è quella del massimo esponente politico della Lega, con il bagaglio di idee che ne connotano l'azione politica. Sta proprio in ciò – com'è chiaro – il migliore viatico a riguardo del fatto che il Conte II potrà segnare, come si ripromette, un'autentica "svolta" rispetto al Conte I.

### *7. La piattaforma Rousseau e la conferma della strutturale incompatibilità della pseudo-democrazia diretta attraverso il web rispetto alla democrazia rappresentativa*

Chiudo con una succinta notazione finale che si richiama al titolo dato a questo commento alla crisi del I Governo Conte ed al modo alquanto sofferto e, per un certo verso, avventuroso del suo superamento.

Il dato maggiormente preoccupante e, invero, inquietante è dato dal fatto che l'intero andamento delle attività poste in essere dal Capo dello Stato prima e, quindi, dal Presidente del Consiglio incaricato e dagli esponenti delle forze politiche artefici della laboriosa e sofferta costruzione della nuova coalizione di governo si è trovato subordinato alla condizione dell'esito favorevole della consultazione tramite la piattaforma *Rousseau*<sup>52</sup>, vale a dire, in buona sostanza, al *placet* dato all'intesa raggiunta dalle forze stesse da una esigua minoranza rispetto al totale dei voti ottenuti alle ultime elezioni politiche dal MoVimento<sup>53</sup>.

A ciò si aggiunga il carattere oscuro del quesito ("Sei d'accordo che il MoVimento 5 Stelle faccia partire un Governo, insieme al Partito Democratico, presieduto da Giuseppe Conte?"), idoneo a caricarsi di plurime valenze, specificamente con riguardo ai "no", suscettibili di essere intesi come contrari ora all'alleanza tra le forze politiche suddette, ora alla presidenza di Conte, ora ancora ad entrambe.

Palesamente priva di senso, poi, la circostanza per cui la consultazione in parola si è avuta – il 3 settembre scorso – quando ormai l'incarico aveva già, in buona sostanza, prodotto i suoi frutti<sup>54</sup>, non già – come, invece, traspariva dal quesito – prima che i vertici del MoVimento manifestassero al PD la loro disponibilità ad incontrarsi al fine di verificare la possibilità di dar vita ad un'eventuale intesa di governo. Sta di fatto che al momento del voto assai poco si sapeva del programma del futuro Governo e, nulla (se non le sole congetture della vigilia, solo in parte confermate), della composizione dello stesso: una ulteriore, appariscente testimonianza, questa, del carattere pseudo-democratico della consultazione.

Tutto ciò, in conclusione, porta ulteriore acqua al mulino della tesi qui caldeggiata in ordine al rapporto tra la democrazia rappresentativa e la pseudo-democrazia del *web*, la quale ultima, in questa come in altre circostanze, per il modo con cui ha in concreto preso forma, si è a conti fatti delegittimata (e sempre si autodelegittima) da se medesima.

---

esponenti del PD, favorevoli all'intesa con i 5 Stelle, l'auspicio che, per effetto dell'intesa stessa, il MoVimento in parola possa *quodammodo* "costituzionalizzarsi". Di ciò, però, nulla di sicuro possiamo ora dire.

<sup>52</sup> Puntuali rilievi critici sulla consultazione in parola, ancora prima del suo svolgimento, possono vedersi in C. MELZI D'ERIL - G.E. VIGEVANI, *Con il voto su Rousseau uno sgorbio costituzionale e due sgarbi alle istituzioni*, in [Il Sole-24 ore](#), 28 agosto 2019, e A. MORELLI, *Formazione del Governo e votazioni on line: il problema non è tanto Rousseau quanto Montesquieu*, in [laCostituzione.info](#), 29 agosto 2019.

<sup>53</sup> Si consideri che gli aventi diritto al voto, in quanto iscritti alla piattaforma suddetta, sono 115.372, vale a dire circa l'1% dei voti ottenuti dai 5 Stelle alle ultime elezioni politiche. I votanti sono stati 79.634 (ed invero si tratta della punta massima mai registrata prima); i favorevoli all'intesa il 79,3 %.

<sup>54</sup> ... tant'è che all'indomani del voto il Presidente del Consiglio incaricato ha sciolto positivamente la riserva, spianandosi la via per procedere speditamente alla nomina ed al giuramento dei membri del Governo.

Né vale opporre – come con malcelato trionfalismo hanno fatto notare gli esponenti di spicco del MoVimento (a partire dal suo “capo politico”) – che si è avuta una partecipazione mai vista prima degli iscritti alla piattaforma, quale tangibile testimonianza e conferma di “democrazia”. Resta, infatti, inconfutabile il dato, poc’anzi richiamato, che i votanti hanno pur sempre costituito solo una esigua parte dei simpatizzanti per il MoVimento stesso.

Un dato è tuttavia innegabile, ed onestà impone di darne atto; ed è che l’attesa dell’esito del voto ha tenuto tutti – operatori istituzionali e pubblica opinione – “con il fiato sospeso”<sup>55</sup>, dal momento che ove l’esito stesso fosse stato sfavorevole all’accordo si sarebbe tornati, come nel gioco dell’oca, alla casella di partenza, con la obbligata remissione dell’incarico da parte di Conte e l’immediato avvio della formazione di un Governo elettorale.

Insomma, il *web* ha avuto il suo momento di gloria, focalizzando su di sé la generale attenzione (anche, di sicuro, dei *partners* europei e dei soggetti della Comunità internazionale, nonché dei mercati internazionali).

Sta di fatto, ad ogni buon conto, che l’apertura della crisi, per la svolta impressa agli eventi da Conte, ha proiettato in primo piano sulla scena il Parlamento, evidenziandone e valorizzandone il ruolo e le conseguenti responsabilità.

La chiusura della crisi si è, poi, avuta in un contesto segnato dal ruolo non meramente coreografico o simbolico del *web*; subito di seguito, hanno quindi ripreso vigore le usuali procedure rette dai canoni costituzionali e da quelli non scritti di rilievo costituzionale (con specifico riguardo allo scioglimento della riserva da parte del Presidente incaricato, alle nomine e, infine, al giuramento, avutosi nel giorno stesso in cui si licenzia per la stampa questo commento).

Al tirar delle somme, ciò su cui, a mia opinione, giova maggiormente fermare l’attenzione – come si segnala nel titolo posto in testa a questa riflessione – è che la “parlamentarizzazione” della crisi decisa dal Presidente del Consiglio racchiude in sé la promessa (ed anzi l’impegno) di dar modo alle regole su cui poggia la democrazia parlamentare di farsi alla bisogna valere e di non farsi oscurare dalla olocrazia delle piazze e del *web*.

La partecipazione con centralità di posto del PD alla nuova maggioranza e il ritorno alla Presidenza del Consiglio di Conte suonano di buon auspicio anche per l’avvenire, specie per effetto dell’impegno assunto tanto dallo stesso PD quanto dal Presidente del Consiglio di ridare nuova linfa alla rappresentanza politica e, perciò, di promuovere la centralità dell’organo in cui essa s’incarna ed esprime.

E, tuttavia, solo un ingenuo o un sognatore potrebbe pensare che la democrazia rappresentativa si troverà da domani messa in grado di recuperare l’antico prestigio detenuto nella gloriosa stagione segnata dall’avvento della forma di governo parlamentare e dal suo massimo radicamento nell’esperienza costituzionale.

Il tempo presente è – come si sa – quello della comunicazione mediatica, più (e prima ancora) di quella che prende forma nelle sedi istituzionali e con le procedure proprie di queste. La politica si fa ed incessantemente rinnova anche (e principalmente) avvalendosi del *web* e dei mezzi di comunicazione di massa: vale, ovviamente, in primo luogo per i movimenti a vocazione populista ma vale anche per quelli che ne sono (almeno ad oggi...) privi, tutti comunque attingendo a man bassa alle risorse apprestate dallo sviluppo scientifico-tecnologico per tenere incessantemente aperto il dialogo con la pubblica opinione.

In conclusione, si tratta dunque di stabilire se la democrazia *tout court* (nell’accezione affermatasi negli ordinamenti di tradizioni liberali), che ha principalmente nella rappresentanza la sua più saliente espressione, sia in grado di resistere all’accerchiamento di una olocrazia dilagante e, perciò, se abbia ancora un futuro e quale esso possa essere.

Questo – se ci si pensa – è il *punctum crucis* messo a nudo dalla vicenda qui annotata ed è attorno ad esso che, a conti fatti, si gioca il destino della Costituzione e dello Stato che da essa prende il nome.

---

<sup>55</sup> ... per riprendere il titolo dell’*Editoriale* di R. BIN che è in [laCostituzione.info](http://laCostituzione.info), 30 agosto 2019.

**Cristina Napoli\***

**La Corte costituzionale interviene sul rapporto  
tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale.  
Una nuova forma di "bicefalismo" per i segretari comunali e provinciali?**

SOMMARIO: 1. Premessa. La questione di legittimità costituzionale sottoposta al vaglio della Corte costituzionale. – 2. La giurisprudenza costituzionale in tema di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali quale scaturigine comune del percorso argomentativo del giudice *a quo* e del giudice costituzionale. – 3. I requisiti per l'applicabilità dei meccanismi di *spoils system* attraverso la lente dello statuto del dirigente pubblico. – 3.1. La *apicalità* dell'incarico. – 3.2. La *politicità* dell'incarico. – 4. L'apparato motivazionale a supporto del rigetto della questione. – 5. Rilievi critici. – 5.1. Un *test* evitabile? – 5.2. Una *politicità* confutabile? – 5.3. Una mancata inammissibilità? – 6. Un inedito (ed indesiderato?) arricchimento del ruolo del segretario. Considerazioni conclusive.

*1. Premessa. La questione di legittimità costituzionale sottoposta al vaglio della Corte costituzionale*

Con la [sentenza n. 23/2019](#) la Consulta ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Brescia<sup>1</sup>, in riferimento all'art. 97 Cost., dell'art. 99 d.lgs. n. 267/2000 (Testo unico degli enti locali, da ora T.u.e.l.) nella parte in cui ricollega la durata della nomina a segretario comunale e provinciale a quella del mandato amministrativo del sindaco o del presidente della Provincia (comma 2) e prevede che la stessa nomina non possa comunque essere disposta da parte del sindaco o del presidente della Provincia prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla data d'insediamento di questi ultimi, decorsi i quali il segretario in carica è da intendersi confermato (comma 3)<sup>2</sup>.

Il giudice rimettente, infatti, nell'ambito di un giudizio *a quo* instaurato da un segretario, per l'appunto, non confermato nell'incarico e diretto ad ottenere l'accertamento del diritto del ricorrente al ripristino del rapporto di servizio con il Comune convenuto ovvero, in via subordinata, la condanna dell'ente al risarcimento del danno conseguente alla mancata conferma, ha riscontrato la sussistenza dei presupposti per sollevare questione di legittimità costituzionale nei termini di seguito precisati.

In primo luogo, con riguardo alla rilevanza, il giudice di primo grado ha affermato di dover fare necessariamente applicazione per la definizione del processo principale della disposizione richiamata, osservando peraltro come (soltanto) l'eventuale dichiarazione d'illegittimità costituzionale avrebbe consentito di valutare la sussistenza degli elementi costitutivi delle domande avanzate dal ricorrente.

In secondo luogo, con riguardo alla non manifesta infondatezza, muovendo dall'*apicalità* dell'incarico, nonché dalla *fiduciarietà* della scelta del soggetto da nominare quali unici requisiti in (contemporanea) presenza dei quali per giurisprudenza costituzionale consolidata l'applicazione dello *spoils system* può ritenersi non incoerente con i principi costituzionali, il giudice di prime cure ha rilevato come nella fattispecie concreta sottoposta alla propria cognizione soltanto il primo di tali requisiti fosse effettivamente riscontrabile.

Infine, il giudice *a quo* ha ritenuto di non poter comporre i pur emersi dubbi di costituzionalità facendo ricorso allo strumento dell'interpretazione conforme a Costituzione e ciò in considerazione della difficoltà di assimilare pianamente la figura del segretario comunale e provinciale a quelle che hanno contribuito a tratteggiare la giurisprudenza costituzionale in materia di *spoils system*<sup>3</sup>.

---

\* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

<sup>1</sup> Tribunale ordinario di Brescia, ordinanza 11 settembre 2017 (reg. ordinanze n. 39/2018).

<sup>2</sup> Non è questa la sede per proporre una ricostruzione analitica dell'evoluzione legislativa del ruolo e delle funzioni assegnate nel tempo ai segretari comunali e provinciali, per la quale peraltro la pronuncia in commento si lascia senz'altro apprezzare. In disparte i profili oggetto di apposito approfondimento nella presente indagine, sulla figura del segretario dell'ente locale v. l'ampia riflessione offerta da M. NISTICÒ, *Art. 97-101*, in C. NAPOLI-N. PIGNATELLI (a cura di), *Codice degli enti locali*, Roma, 2019, 555 ss.

<sup>3</sup> Per completezza espositiva si rileva come la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Brescia avesse ad oggetto anche il comma 1 dell'art. 99 T.u.e.l. il quale attribuisce al sindaco ed al presidente della Provincia il potere di nomina del segretario dell'ente locale. Più specificamente, nell'ordinanza di rinvio veniva portata all'attenzione

2. *La giurisprudenza costituzionale in tema di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali quale scaturigine comune del percorso argomentativo del giudice a quo e del giudice costituzionale*

Illustrati gli elementi essenziali dell'ordinanza di rimessione ed anticipato il contenuto dispositivo della pronuncia in commento, la circostanza che merita di essere segnalata è che la scaturigine che conduce al contempo il giudice *a quo* ad argomentare la *non manifesta infondatezza* della questione ed il giudice costituzionale a concludere nel senso della *non fondatezza* della medesima è costituita dagli approdi della giurisprudenza costituzionale in materia di applicabilità dei meccanismi dello *spoils system* ai titolari di incarichi di funzioni dirigenziali nei ruoli della pubblica amministrazione<sup>4</sup>.

Da un lato, infatti, il Tribunale rimettente, con l'ausilio di una recente ricostruzione offerta dalla sezione lavoro della Corte di cassazione<sup>5</sup>, riassume la posizione della Corte costituzionale in tema di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali e per questa via giunge ad escludere la legittimità di quest'ultima con riguardo al rapporto di lavoro tra il segretario e l'apparato amministrativo di appartenenza. Più specificamente, come in parte anticipato, pur ammettendo di poter definire senza particolari difficoltà il segretario comunale e provinciale quale posizione amministrativa apicale nell'ambito della struttura organizzativa di un Comune o di una Provincia, il giudice *a quo* ritiene di non potere altrettanto agevolmente qualificare la relazione intercorrente tra la figura in argomento ed il sindaco/presidente della Provincia titolari del potere di nomina in termini meramente fiduciari e ciò poiché (i) al nominato non sarebbe richiesta la personale adesione agli orientamenti politici del nominante, (ii) l'incarico non presupporrebbe un coinvolgimento del nominato nel processo di formazione dell'indirizzo politico dell'ente, (iii) le funzioni svolte dal nominato sarebbero di natura strettamente tecnico-professionale, gestionale e consultiva.

Dall'altro lato, il giudice delle leggi, dopo aver offerto una dettagliata descrizione dell'evoluzione legislativa in materia di accesso alla e durata della carica, nonché di funzioni assegnate al segretario, muove dalle proprie affermazioni circa i limiti alla compatibilità con l'art. 97 Cost. delle disposizioni di legge, statale o regionale, aventi ad oggetto ipotesi di revocabilità *ad nutum* ovvero di decadenza automatica dagli incarichi di funzioni dirigenziali, per negarne la estendibilità alla posizione amministrativa di cui si discorre. In questa misura, difatti, affermata dapprima apoditticamente la non paragonabilità dell'incarico conferito al segretario comunale/provinciale rispetto agli altri e diversi incarichi su cui si è formata la giurisprudenza costituzionale in tema di *spoils system*, la Consulta passa ad una più concreta disamina delle ragioni di tale diversità per il tramite di una riflessione sulla relazione

---

della Consulta l'insanabile contraddizione derivante da tale potere di nomina e consistente nella dipendenza funzionale del nominato dal nominante da un lato e nelle funzioni spettanti al primo di controllo e garanzia sull'attività normativa ed amministrativa dell'ente di cui il secondo costituisce il vertice dall'altro lato.

Tale profilo d'incostituzionalità è stato dichiarato inammissibile dalla Corte.

Argomentando in punto di rilevanza, infatti, il rimettente non ha offerto alla Consulta puntuali spiegazioni in ordine alla necessità di fare applicazione della norma attributiva del potere di nomina di cui si discorre e, quindi, in ordine alla pregiudizialità della relativa questione di legittimità costituzionale ai fini della definizione del processo principale. Ciò considerato, pertanto, non sorprende affatto la soluzione in rito della questione per difetto di motivazione sulla rilevanza, benché può forse affermarsi che, anche in presenza di una più "robusta" ordinanza di rinvio sul punto, difficilmente la Corte si sarebbe spinta oltre un mero *monito* rivolto al legislatore e ciò in considerazione del vuoto legislativo che una pronuncia di pieno accoglimento avrebbe determinato con riguardo al soggetto titolare del potere di nomina.

<sup>4</sup> Per uno sguardo d'insieme alla giurisprudenza costituzionale in materia di *spoils system* v. M. MIDIRI, *La Corte, i politici e lo spoils system*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 927 ss.; G. AMOROSO, *Dirigenza pubblica e «spoils system» nella giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2009, I, 1332 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *La dimensione costituzionale del rapporto tra politica e amministrazione nel dettato della costituzione e nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Il lavoro nelle pubbl. amm.*, 2009, 273 ss.; G. MAZZOTTA, *Cronaca di giurisprudenza costituzionale in tema di spoils system*, reperibile su [Rivista AIC](#), fasc. n. 3/2012; L. PANZERI, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale in tema di spoils system alla definizione del rapporto tra politica ed amministrazione*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016, 251 ss.

Sui confini dell'ingerenza tra politica ed amministrazione per come delineati nella giurisprudenza costituzionale anche con particolare riguardo alla fattispecie della cessazione automatica degli incarichi dirigenziali sia consentito rinviare a C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione. Contributo allo studio dei rapporti tra politica ed amministrazione*, Torino, 2017, 93 ss. e spec. 104 ss.

<sup>5</sup> Sent. n. 11015/2017.

che lega il segretario all'organo esecutivo di vertice, nonché sulla dotazione di competenze attribuite al segretario stesso.

Ebbene, ogni più puntuale indagine sull'apparato motivazionale a supporto del rigetto della questione si ritiene non possa prescindere da una pur breve ricostruzione dei richiamati approdi giurisprudenziali e, ancor prima, del complessivo quadro normativo della dirigenza pubblica su cui il giudice delle leggi si è trovato ad operare.

### *3. I requisiti per l'applicabilità dei meccanismi di spoils system attraverso la lente dello statuto del dirigente pubblico*

Giova rammentare, infatti, che la disciplina della dirigenza nell'ordinamento italiano è stata profondamente modificata dalle riforme che hanno interessato la pubblica amministrazione a decorrere dai primi anni novanta del secolo scorso<sup>6</sup> ed attualmente trova la propria sede normativa nel capo II del titolo II del d.lgs. n. 165/2001.

Al solo fine di portare in evidenza il contesto normativo generale all'interno del quale la Corte è stata più volte chiamata a pronunciarsi in tema di cessazione degli incarichi dirigenziali, e dunque senza pretesa di sistematizzazione alcuna, pare opportuno rilevare come all'esito di un tortuoso e spesso incoerente percorso legislativo i capisaldi su cui si fonda la dirigenza pubblica possono essere individuati:

- nella previsione di un unico ruolo dirigenziale articolato su due livelli (dirigente e dirigente generale)<sup>7</sup>;
- nella devoluzione della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione al diritto civile sostanziale e processuale<sup>8</sup>;
- nella non coincidenza tra il possesso della qualifica di dirigente e l'effettivo svolgimento di funzioni dirigenziali, essendo, infatti, necessario il conferimento di un apposito incarico che in taluni casi attraversa dinamiche squisitamente *politiche* risultando il profilo dell'*intuitus personae* tra nominante e nominato senz'altro prevalente<sup>9</sup>, e recuperando, in altri, percorsi in maggior misura legati alle attitudini ed alle capacità professionali del soggetto cui conferire l'incarico<sup>10</sup>;
- nell'individuazione all'interno del provvedimento di conferimento dell'incarico dell'oggetto di quest'ultimo, nonché degli obiettivi da conseguire, con riferimento alle priorità, ai piani e ai programmi definiti dall'organo di vertice nei propri atti di indirizzo<sup>11</sup>;
- nella temporaneità dell'incarico, posto che la durata di quest'ultimo, comunque correlata agli obiettivi prefissati, non può essere inferiore a tre anni né eccedere il termine di cinque anni<sup>12</sup>;
- in un sistema di responsabilità dirigenziale fondato sulla verifica del raggiungimento degli obiettivi assegnati, dal cui esito negativo deriva l'impossibilità di rinnovo dell'incarico ovvero, in relazione alla gravità dei casi, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, la revoca dell'incarico in essere, nonché il recesso dal rapporto di lavoro<sup>13</sup>;

---

<sup>6</sup> In generale, sulla dirigenza pubblica, v. S. RAIMONDI, *Dirigenti (voce)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989; M. D'ALBERTI, *La dirigenza pubblica*, Bologna, 1990; G. PASTORI, M. SGROI, *Dirigenti pubblici (voce)*, in *Enc. dir.*, agg. 2001, 356 ss.; R. ALESSE, *La dirigenza dello Stato tra politica e amministrazione*, Torino, 2006.

<sup>7</sup> Cfr. art. 23 e 28.

<sup>8</sup> Cfr. art. 2, comma 2.

<sup>9</sup> Il riferimento è alle posizioni di segretario generale di ministeri ovvero di direttore di strutture articolate al proprio interno in uffici dirigenziali generali (e alle corrispondenti posizioni nell'ambito della organizzazione amministrativa regionale); cfr. art. 19, comma 3 ove si prevede che il conferimento dell'incarico avvenga "con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente...".

<sup>10</sup> Il riferimento è alle posizioni di dirigente generale (cfr. art. 19, comma 4 ove si prevede che il conferimento dell'incarico avvenga "con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro competente...") e non generale (cfr. art. 19, comma 5 ove si prevede che l'incarico sia conferito "dal dirigente dell'ufficio di livello dirigenziale generale...").

<sup>11</sup> Cfr. art. 19, comma 2.

<sup>12</sup> Cfr., ancora, art. 19, comma 2, ove si prevede, peraltro, che "[l]a durata dell'incarico può essere inferiore a tre anni se coincide con il conseguimento del limite di età per il collocamento a riposo dell'interessato".

<sup>13</sup> Cfr. art. 21. Sul sistema di valutazione dei dirigenti v. il titolo II d.lgs. n. 150/2009.

- la separazione tra attività d'indirizzo politico-amministrativo, spettante agli organi di governo attraverso la definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare, ed attività di gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa, spettante invece ai dirigenti mediante il riconoscimento a questi di autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo<sup>14</sup>.

È, dunque, all'interno di tale architettura normativa – dello statuto, cioè, del dirigente pubblico – che la Corte costituzionale si è trovata a sindacare sulla conformità a Costituzione ed in specie all'art. 97 di disposizioni legislative introdotte al malcelato fine di determinare, attraverso la creazione di uno stretto collegamento tra durata dell'incarico di funzioni dirigenziali e permanenza nella carica del soggetto titolare del potere di conferire l'incarico stesso, un'interruzione del rapporto di lavoro al di fuori dei casi di collocamento in disponibilità alla scadenza naturale dell'incarico ovvero di revoca dell'incarico quale misura conseguente all'accertamento di una specifica responsabilità dirigenziale.

Tali interventi normativi hanno originato un nutrito contenzioso costituzionale all'esito del quale è possibile disegnare i confini entro i quali le ipotesi di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali possono considerarsi non contrarie a Costituzione.

Procedendo in questo senso, è necessario premettere che il ragionamento della Corte muove proprio dall'impianto normativo complessivo risultante dalle riforme che hanno riguardato il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione e segnatamente dall'intenzione del legislatore di disegnare un sistema nel quale il raggiungimento dell'efficienza e dell'efficacia si misura alla luce dei risultati che il dirigente deve perseguire in un periodo di tempo e nel rispetto delle direttive impartite dall'organo politico.

Ciò posto, la revoca di un incarico dirigenziale può seguire soltanto all'accertamento della relativa responsabilità da realizzarsi nell'ambito di un «momento procedimentale di confronto dialettico tra le parti» ove l'amministrazione sia chiamata ad esternare le motivazioni per le quali ritiene di anticipare la scadenza dell'incarico contrattualmente stabilita e, al contempo, il dirigente sia messo nelle condizioni di esercitare il proprio diritto di difesa a sostegno dei risultati raggiunti in relazione agli obiettivi posti dall'organo politico e precisati nel contratto in essere<sup>15</sup>.

E, tuttavia, le suddette garanzie procedimentali non si impongono parimenti con riguardo ai diversi tipi di incarichi, essendo ritenuta decisiva la sussistenza o meno del requisito della *apicalità*, da cui deriverebbe la *fiduciarità*, nonché della *politicità* dell'incarico<sup>16</sup>.

### 3.1. La apicalità dell'incarico

In un senso, con riguardo alla disciplina nazionale, ipotesi di cessazione automatica possono ritenersi non contrarie a Costituzione se riferite a «posizioni apicali, del cui supporto l'organo di governo si avvale per svolgere l'attività di indirizzo politico amministrativo»<sup>17</sup>: il riferimento è agli incarichi di segretario generale di ministeri, a quelli di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e a quelli di livello equivalente. Diversamente, meccanismi di *spoils system* – se riferiti a figure

---

<sup>14</sup> Il principio di separazione tra attività d'indirizzo politico e attività di gestione, come noto, è stato introdotto nell'ordinamento italiano dall'art. 51 legge n. 142/1990 con riguardo alle autonomie locali e successivamente esteso alle pubbliche amministrazioni in generale dall'art. 3 d.lgs. n. 29/1993 (confluito poi nell'art. 4 d.lgs. n. 165/2001). Cfr. P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005.

<sup>15</sup> [Corte cost., sent. n. 103/2007](#). Cfr. M. CAMELLI, *Corte costituzionale e dirigenza pubblica: segnale forte e sistema debole*, reperibile su [Astrid](#); M. CLARICH, *Corte costituzionale e spoils system, ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, reperibile su [Astrid](#); F. MERLONI, *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione, Commento alle sentenze n. 103 e 104 del 2007*, in *Le Regioni*, 2007, 836 ss.; F.G. SCOCA, *Politica e amministrazione nelle sentenze sullo spoils system*, in *Giur. cost.*, 2007, 1615 ss. Cfr. anche [Corte cost., sentt. n. 103/2007](#); [n. 161/2008](#); [n. 81/2010](#); [n. 224/2010](#); [n. 228/2011](#).

<sup>16</sup> Non assumono, invece, valore determinante ai fini dell'applicabilità o meno dei meccanismi di *spoils system* la sussistenza in capo al dirigente cessato automaticamente dall'incarico di un rapporto di ufficio con l'amministrazione presso cui è chiamato a svolgere funzioni dirigenziali (cfr. [Corte cost., sentt. n. 161/2008](#) e [n. 81/2010](#)), l'efficacia nel tempo delle previsioni aventi ad oggetto ipotesi di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali (cfr. [Corte cost., sentt. nn. 103/2007](#); [161/2008](#); [81/2010](#); [124/2011](#); [246/2011](#); [228/2011](#); [15/2017](#)), nonché la possibilità di riconoscere in capo al dirigente danneggiato dalla legge dichiarata incostituzionale un adeguato trattamento risarcitorio (cfr. [Corte cost., sent. n. 351/2008](#)).

<sup>17</sup> [Corte cost., sent. n. 124/2011](#).



dirigenziali non apicali, per la scelta delle quali l'ordinamento non attribuisce rilievo esclusivo o prevalente al criterio della personale adesione del nominato agli orientamenti politici del nominante – «si pongono in contrasto con l'art. 97 Cost., in quanto pregiudicano la continuità dell'azione amministrativa, introducono in quest'ultima un elemento di parzialità, sottraggono al soggetto dichiarato decaduto dall'incarico le garanzie del giusto procedimento e svincolano la rimozione del dirigente dall'accertamento oggettivo dei risultati conseguiti»<sup>18</sup>. Sono, pertanto, costituzionalmente illegittime ipotesi di cessazione automatica di incarichi dirigenziali, di livello generale o non generale, per cui non è richiesta una «continuità» di orientamento politico con l'organo di governo, «là dove, al contrario, la Costituzione richiede ai pubblici impiegati, in quanto al servizio esclusivo della Nazione, “il rispetto del dovere di neutralità, che impone al funzionario, a prescindere dalle proprie personali convinzioni, la corretta e leale esecuzione delle direttive che provengono dall'organo politico, quale che sia il titolare pro tempore di quest'ultimo”»<sup>19</sup>.

E lo stesso può dirsi con riguardo all'apparato amministrativo regionale, ove se il potere della giunta di conferire incarichi dirigenziali “apicali” a soggetti individuati *intuitus personae* mira ad assicurare quel *continuum* fra organi politici e dirigenti di vertice che giustifica, nei confronti di questi ultimi, la cessazione degli incarichi loro conferiti dalla precedente giunta regionale, «[a] tale schema rimangono [...] estranei gli incarichi dirigenziali di livello “non generale”, non conferiti direttamente dal vertice politico e quindi non legati ad esso dallo stesso grado di contiguità che connota gli incarichi apicali»<sup>20</sup>.

### 3.2. La politicità dell'incarico

In altro senso, la Corte ha avuto occasione di pronunciarsi sulle ipotesi di *spoils system* applicato alle assegnazioni di personale, compresi gli incarichi di livello dirigenziale, all'interno degli uffici di diretta collaborazione con il ministro, i quali svolgono un'attività di supporto strettamente correlata all'esercizio delle funzioni di indirizzo politico-amministrativo di definizione dei programmi da attuare, degli obiettivi da raggiungere e di verifica dei risultati raggiunti. In considerazione della “strumentalità” che sussiste tra l'attività svolta dagli uffici c.d. di *staff* e quella del ministro, i primi si collocano in un «ambito organizzativo riservato all'attività politica con compiti di supporto delle stesse funzioni di governo e di raccordo tra queste e quelle amministrative di competenza dei dirigenti»<sup>21</sup>. Ciò posto, è necessario che sussista tra il ministero e gli uffici che con esso collaborano un rapporto strettamente fiduciario che, finalizzato alla compiuta definizione dell'indirizzo politico-amministrativo, giustifica l'applicabilità dello *spoils system*: in altri termini, «così come la nomina del personale ... può avvenire ... *intuitus personae*, senza predeterminazione di alcun rigido criterio che debba essere osservato nell'adozione dell'atto di assegnazione all'ufficio, allo stesso modo, e simmetricamente, è possibile in qualunque momento interrompere il rapporto in corso qualora sia venuta meno la fiducia che deve caratterizzare in maniera costante lo svolgimento del rapporto stesso»<sup>22</sup>.

Tale schema verificatore è riproposto con coerenza nell'ambito dell'apparato amministrativo regionale, con riferimento al quale la Corte, anche in ragione della varietà delle strutture pubbliche esistenti a livello regionale, indaga con minuziosa concretezza sulla natura politica o tecnica delle funzioni svolte in generale dall'ente pubblico di volta in volta preso in considerazione e più specificamente dal soggetto cui è conferito l'incarico dirigenziale, in relazione al quale, peraltro, notevole rilievo assume il tipo di selezione cui è stato sottoposto. Con particolare riguardo alla posizione del soggetto incaricato, infatti, ciò che risulta necessario valutare è, in primo luogo, se esso collabori in via diretta al processo di

---

<sup>18</sup> [Corte cost., sent. n. 34/2010.](#)

<sup>19</sup> [Corte cost., sent. n. 228/2011.](#) I riferimenti interni sono alla [sentenza n. 34/2010.](#)

<sup>20</sup> [Corte cost., sentt. n. 233/2006; n. 104/2007; n. 228/2011.](#) Rimanendo all'interno dell'apparato amministrativo regionale, la Corte con la [sentenza n. 34/2010](#), dopo aver escluso che gli incarichi di direttore generale di un'azienda sanitaria locale ovvero di un'agenzia regionale per la protezione dell'ambiente possano essere qualificati come apicali, ha ritenuto in contrasto con gli artt. 97 e 98 Cost. un regime di decadenza automatica degli stessi.

<sup>21</sup> [Corte cost., sent. n. 304/2010.](#)

<sup>22</sup> Ancora [Corte cost., sent. n. 304/2010.](#) Specularmente, la separazione di funzioni necessaria per assicurare il rispetto dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa deve essere assicurata tra l'attività degli organi politici, con l'ausilio degli uffici di *staff*, e quella degli organi burocratici, da considerarsi prettamente gestionale.

formazione dell'indirizzo politico ovvero si limiti a garantirne l'attuazione ed a questo proposito un certo rilievo pare assumere il tipo di relazione – diretta o mediata da altre strutture burocratiche – tra il titolare dell'incarico dirigenziale e l'organo politico<sup>23</sup>. Altra necessaria verifica attiene alla metodologia utilizzata per selezionare l'incaricato e quindi alla riconducibilità o meno della scelta di quest'ultimo ad una valutazione soggettiva di «consentaneità politica» e personale fra nominante e nominato ovvero ad una selezione che, anche senza avere natura concorsuale, si sia in ogni caso fondata sull'apprezzamento oggettivo, anche comparativo, delle qualità professionali e del merito<sup>24</sup>.

E sulla base di tali presupposti argomentativi il giudice delle leggi ha dichiarato non conformi a Costituzione numerose ipotesi di cessazione automatica di incarichi dirigenziali<sup>25</sup>.

#### 4. *L'apparato motivazionale a supporto della non fondatezza della questione*

La [sentenza in commento](#) si distingue con ogni certezza per la minuziosa ricostruzione dell'evoluzione della legislazione in materia di procedimento di nomina, *status* giuridico e durata della carica dei segretari comunali e provinciali dalle prime forme di regolamentazione emanate in seguito all'unificazione amministrativa del Regno d'Italia sino all'attuale conformazione dell'istituto. Nella sicura inopportunità di riproporre tale *excursus* normativo, pare quantomeno il caso di osservare come da esso la Corte rilevi un'azione riformatrice spesso incoerente, in quanto ispirata a concezioni diverse della figura di cui in argomento, e caratterizzata dalla «incessante ricerca di punti di equilibrio fra due esigenze non facilmente conciliabili: il riconoscimento dell'autonomia degli enti locali, da una parte, e la necessità, dall'altra, di garantire adeguati strumenti di controllo della loro attività».

Ed il vigente statuto burocratico e funzionale del segretario dimostrerebbe plasticamente la coesistenza di elementi dissonanti: l'assunzione previo superamento di un concorso pubblico e lo svolgimento delle funzioni attraverso una nomina in parte discrezionale ad opera del sindaco/presidente della Provincia; la revocabilità dalla carica solo per violazione dei doveri d'ufficio durante il mandato amministrativo del nominante e la cessazione automatica dalla carica quale conseguenza *ex lege* dell'avvicendamento degli esecutivi locali; il regime di *prorogatio* nell'esercizio delle funzioni all'indomani della proclamazione dei risultati elettorali e la possibilità di essere confermato nella carica dal (nuovo) sindaco/presidente della Provincia; la titolarità di «funzioni neutrali, di controllo e di certificazione, da una parte» e la «gestione quasi manageriale e di supporto propositivo all'azione degli organi comunali» dell'altra.

La dichiarazione di non fondatezza della questione, allora, segue ad un rapido, ma efficace affresco della giurisprudenza costituzionale in materia di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali, funzionale ad escludere che il complessivo statuto e le diverse funzioni affidate dalla legge al segretario comunale e provinciale renda l'incarico conferito a quest'ultimo paragonabile a quelli sui quali la Corte ha avuto già occasione di pronunciarsi.

Nonostante da ciò la Consulta derivi l'inapplicabilità alla fattispecie sottoposta alla propria attenzione della più volte richiamata giurisprudenza in materia di *spoils system*, essa poi curiosamente prosegue effettuando anche sul segretario comunale e provinciale il *test* che compirebbe sul dirigente al fine di riscontrare o meno i requisiti della *apicalità* (e quindi della *fiduciarità*) e della *politicità* dell'incarico.

E procedendo in questo senso, da un lato, pur riscontrando il requisito dell'*apicalità* della carica – apprezzabile, peraltro, in considerazione dell'inesistenza di qualsivoglia intermediazione, soggettiva od organica, nella relazione tra il segretario ed il nominante – non altrettanto può dirsi con riguardo alla *fiduciarità* la quale in ogni caso non risulta nel caso di specie declinabile in termini di personale adesione da parte del segretario agli obiettivi politico-amministrativi del titolare del potere di nomina: la scelta, pur discrezionale, da parte del sindaco/presidente della Provincia è comunque condizionata, sotto il profilo soggettivo, dal dover attingere all'interno dell'albo nazionale gestito dal ministero dell'Interno e, sotto il

<sup>23</sup> [Corte cost., sentt. n. 104 del 2007; n. 34/2010; nn. 20 e 269/2016; n. 52/2017.](#)

<sup>24</sup> [Corte cost., sent. n. 34/2010.](#)

<sup>25</sup> Tra queste si rammentano quelle di direttore generale delle A.S.L. ([sent. n. 104/2007](#)), di direttore generale delle aziende regionali per la protezione dell'ambiente ([sent. n. 34/2010](#)), di direttore amministrativo e sanitario delle A.S.L. ([sent. n. 224/2010](#)), di componente il collegio sindacale delle A.S.L. ([sent. n. 390/2008](#)) e di figure peculiari dei diversi ordinamenti regionali ([sent. nn. 20 e 269/2016; n. 52/2017](#)).

profilo metodologico, dalla necessità di effettuare una valutazione, se del caso comparativa, tra coloro i quali manifestano interesse all'incarico.

Dall'altro lato, poi, con riguardo alle competenze assegnate, se pure è rinvenibile un nucleo di funzioni, per così dire, "neutrali" – quali quelle di certificazione, di controllo della legalità, di attuazione degli indirizzi altrui, di verbalizzazione, di rogito, di autenticazione di scritture private e di atti unilaterali –, ve ne sarebbero delle altre portatrici di un *quid pluris* all'interno del ruolo del segretario tradizionalmente qualificato in termini di mero controllore della legalità.

Tali altre funzioni sono dalla Corte polarizzate intorno a due gruppi.

Il primo comprende (i) la collaborazione e l'assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti<sup>26</sup>, (ii) la partecipazione con funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del consiglio e della giunta<sup>27</sup>, (iii) la redazione, in assenza di un responsabile dei servizi, del parere di regolarità tecnica su ogni proposta di deliberazione sottoposta alla giunta e al consiglio dell'ente che non costituisca mero atto d'indirizzo<sup>28</sup>. Accogliendo la tesi proposta dall'avvocatura dello Stato, infatti, il giudice delle leggi afferma che «l'assistenza del segretario alle riunioni degli organi collegiali del Comune, con funzioni consultive, referenti e di supporto, non ha il mero scopo di consentire la verbalizzazione, ma anche quello di permettergli di intervenire, sia nel procedimento di formazione degli atti, sia, se richiesto, nella fase più propriamente decisoria, in relazione a tutti gli aspetti giuridici legati al più efficace raggiungimento del fine pubblico». E similmente «il parere di regolarità tecnica su ogni proposta di deliberazione sottoposta a giunta e consiglio si configura quale intervento preliminare volto a sottolineare se e in che modo la proposta pone le corrette premesse per il raggiungimento dell'interesse pubblico volta a volta tutelato dalla legge». Si tratterebbe, cioè, di competenze che, coadiuvando e supportando l'esecutivo nella fase preliminare della definizione dell'indirizzo politico-amministrativo, non possono non influenzare la medesima e ciò «non già nel senso di indicare o sostenere obiettivi specifici, piuttosto nella direzione di mostrare se quegli obiettivi possono essere legittimamente inclusi fra i risultati che gli organi di direzione politico-amministrativa intendono raggiungere».

Il secondo gruppo, invece, comprende una serie di funzioni qualificate come aventi «carattere eminentemente gestionale» e in specie (i) quelle svolte in ipotesi di concorrente nomina a direttore generale<sup>29</sup>, (ii) il sovrintendimento allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e il coordinamento della relativa attività<sup>30</sup>, (iii) ogni altra funzione eventualmente attribuita dallo statuto o dai regolamenti o conferita dal sindaco o dal presidente della Provincia<sup>31</sup>, tra cui ad esempio la nomina a responsabile di servizio. All'interno di tale secondo gruppo la Corte in particolare riconosce nella cumulabilità delle cariche di segretario e di direttore generale un'ulteriore conferma della sicura peculiarità della prima in specie in considerazione al carattere spiccatamente fiduciario che caratterizza la seconda.

L'esito del *test* condotto, allora, è sufficiente per ritenere la previsione normativa sottoposta al vaglio di costituzionalità un «riflesso di un non irragionevole punto di equilibrio tra le ragioni dell'autonomia degli enti locali, da una parte, e le esigenze di un controllo indipendente sulla loro attività, dall'altro» e per questa via la previsione di una decadenza automatica alla cessazione del mandato del nominante «non raggiunge la soglia oltre la quale vi sarebbe violazione dell'art. 97 Cost., non traducendosi nell'automatica compromissione né dell'imparzialità dell'azione amministrativa, né della sua continuità».

### 5. Rilevi critici

A questo punto dell'indagine si impongono taluni rilievi che hanno riguardo non soltanto al percorso motivazionale che ha condotto al rigetto della questione di legittimità costituzionale, ma altresì alla stessa tipologia di pronuncia adottata dalla Corte costituzionale.

<sup>26</sup> Cfr. art. 97, comma 2, T.u.e.l.

<sup>27</sup> Cfr. art. 97, comma 4, lett. a), T.u.e.l.

<sup>28</sup> Cfr. artt. 97, comma 4, lett. b), e 49 T.u.e.l.

<sup>29</sup> Cfr. artt. 97, comma 4, lett. e) e 108, comma 4, T.u.e.l.

<sup>30</sup> Cfr. art. 97, comma 4, T.u.e.l.

<sup>31</sup> Cfr. art. 97, comma 4, lett. d), T.u.e.l.

### 5.1. *Un test evitabile?*

In tale direzione, con riferimento al primo aspetto, si ritiene innanzitutto di porre l'attenzione sulla scelta del giudice costituzionale di eseguire, in ogni caso, sul segretario dell'ente locale il *test* che conduce alla verifica della conformità a Costituzione dei meccanismi di *spoils system* e ciò nonostante l'incarico conferito alla posizione amministrativa di cui si discorre sia ritenuto, all'esito del puntuale *excursus* legislativo offerto, «non paragonabile» a quelli che hanno dato luogo alla giurisprudenza costituzionale in materia di cessazione automatica degli incarichi dirigenziali.

Si vuol dire, in altri termini, che appare quantomeno singolare affermare la radicale *alterità* del segretario comunale e provinciale dal dirigente pubblico, dalla quale deriva l'impossibilità di fare applicazione dei criteri elaborati dalla Corte in ordine all'interruzione anzitempo degli incarichi dirigenziali, e, quindi, utilizzare (soltanto) quegli stessi criteri al fine di escludere che la disposizione indubbiata violi l'art. 97 Cost.

Piuttosto, in presenza di una figura della quale è riscontrata un'irriducibile *specialità*, il sindacato di costituzionalità avrebbe potuto (ri)espandersi in un apprezzamento complessivo sulla coerenza dell'art. 99, commi 2 e 3, T.u.e.l., anche alla luce delle funzioni attribuite al segretario comunale e provinciale, con l'art. 97 Cost., (anche) a prescindere, cioè, dai parametri valutativi sviluppati in sede giurisprudenziale in altri, pur affini, ambiti.

Del resto, non può tacersi come i “paletti” che la Corte costituzionale ha inteso fissare in ordine alla non illegittimità di ipotesi di revoca anticipata dagli incarichi dirigenziali debbano essere strettamente inquadrati nell'ambito dello statuto del dirigente pubblico e dunque alla luce di quella sequenza *individuazione degli obiettivi dell'incarico-durata dell'incarico-valutazione dei risultati conseguiti* che contraddistingue *in toto* la prestazione di lavoro del dirigente, ma non anche quella del segretario<sup>32</sup>. La cessazione anticipata dall'incarico conferito ad un dirigente, ove slegata dalla valutazione sui risultati conseguiti e rimessa alla mera potestà o permanenza nella carica del soggetto che ha in origine attribuito gli obiettivi da raggiungere, scardina la *ratio legis* del sistema della dirigenza sottraendo l'incaricato alle garanzie del giusto procedimento ed esponendo l'azione amministrativa ad una irragionevole discontinuità.

Diversamente, i contenuti della prestazione richiesta al segretario sono puntualmente disciplinati *ex lege* ed è in relazione ad essi che, se del caso, è necessario declinare quella “violazione dei doveri d'ufficio”<sup>33</sup> la quale soltanto può sostenere un provvedimento motivato del sindaco, previa deliberazione della giunta, di revoca del segretario in un tempo anteriore alla scadenza naturale della nomina. Detto altrimenti, le funzioni che qualificano il ruolo del segretario comunale e provinciale e che “assorbono” pressoché integralmente l'attività da esso svolta<sup>34</sup> non sono soggette ad una *valutazione* assimilabile a quella cui è sottoposto il dirigente al termine dell'incarico, dando luogo, piuttosto, ad un potenziale *quotidiano riscontro* in ordine alle modalità entro cui sono esercitate le competenze attribuite e su cui il

---

<sup>32</sup> La valutazione dell'operato del dirigente, cioè, in ossequio ai principi del giusto procedimento, si palesa funzionale all'emanazione da parte dell'amministrazione di un atto motivato che renda esperibile un apposito controllo giurisdizionale. Soltanto l'esternazione delle scelte dell'organo politico, infatti, può rivelarsi idonea ad assicurare la trasparenza e la verificabilità delle scelte stesse nel rispetto della necessaria imparzialità dell'azione amministrativa da cui deriva «la distinzione funzionale ... tra l'azione di governo – che è normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza – e l'azione dell'amministrazione, la quale, nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata, invece, ad agire senza distinzioni di parti politiche e dunque al “servizio esclusivo della Nazione” ... , al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento» (cfr. [Corte cost., sentt. n. 103/2007](#); [n. 161/2008](#); [n. 81/2010](#); [n. 224/2010](#); [n. 228/2011](#)).

<sup>33</sup> Cfr. art. 100 T.u.e.l. In sede di attuazione regolamentare, l'art. 15 d.P.R. n. 465/1997 ha, peraltro, previsto che le contestazioni scritte necessarie per l'instaurazione del contraddittorio con il segretario cui si intende revocare la nomina debbano qualificarsi quali *gravi* violazioni dei doveri di ufficio.

<sup>34</sup> Ed in specie i compiti di collaborazione, le funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente, la partecipazione con funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del consiglio e della giunta, la verbalizzazione delle riunioni del consiglio e della giunta, la (eventuale) redazione del parere di regolarità tecnica, il rogito dei contratti nei quali l'ente è parte e l'autenticazione delle scritture private e degli atti unilaterali nell'interesse dell'ente, le funzioni esercitate quale responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza.

titolare del potere di nomina può misurare l'adempimento o meno delle mansioni spettanti al segretario<sup>35</sup>. Pur potendo, poi, accanto a tale assorbente "blocco" di funzioni, riscontrarne altre in certo senso invece inquadrabili nella dinamica *obiettivo-risultato* propria della prestazione del dirigente<sup>36</sup> e per questa via misurabili anche a livello retributivo<sup>37</sup>, esse mantengono una tale caratterizzazione in termini di *eventualità e marginalità* per cui una valutazione negativa non potrebbe che incidere sulla singola (*eventuale e marginale*) funzione svolta e non sulla permanenza nella carica del segretario.

Fuori dallo schema della verifica del raggiungimento degli obiettivi conseguiti nell'arco temporale messo a disposizione con l'incarico dirigenziale, allora, l'esecuzione sul segretario dell'ente locale del *test* elaborato dalla Corte per sindacare sulla conformità a Costituzione dei meccanismi di *spoils system* applicati al personale dirigenziale perde ragion d'essere, venendo, cioè, a mancare quella opzione legislativa che fa da sfondo agli approdi della giurisprudenza costituzionale ed alla luce della quale non può che essere letta l'attenzione della Corte al diritto di difesa dell'incaricato ed alla continuità dell'azione amministrativa.

### 5.2. Una *politicalità confutabile*?

Ancora con riguardo al percorso motivazionale, un ulteriore aspetto che pare opportuno porre in rilievo attiene alle argomentazioni che conducono la Corte a ritenere non irragionevole la soluzione censurata nell'ordinanza di rimessione.

A questo proposito, se pare senz'altro condivisibile la posizione della Consulta con cui, pur riscontrando la *apicalità* della figura del segretario, è escluso che a quest'ultimo sia richiesta una personale adesione agli obiettivi politico-amministrativi del sindaco in considerazione della valutazione, se del caso comparativa, che precede ed accompagna il procedimento di nomina<sup>38</sup> e – si ritiene di aggiungere – della necessità di attingere all'interno dell'albo nazionale dei segretari comunali e provinciali cui si accede previo superamento di una procedura concorsuale che certamente si contraddistingue per un considerevole grado di selettività<sup>39</sup>, maggiori perplessità emergono con riferimento alle considerazioni offerte a supporto della *politicalità* delle funzioni ascrivibili ai due gruppi come innanzi descritti.

Il primo ambito di competenze presupporrebbe, infatti, «un ruolo attivo e propositivo del segretario comunale». Pur dedicando, come già rilevato, specifici argomenti soltanto in relazione alla partecipazione alle riunioni degli organi collegiali comunali ed alla redazione del parere di regolarità tecnica, la Corte sostiene che le funzioni in argomento, inserendosi «nella fase preliminare della definizione dell'indirizzo

---

<sup>35</sup> A questo proposito, peraltro, si rileva come la giurisprudenza di legittimità ha avuto occasione di prendere posizione in ordine alla riconducibilità delle *gravi violazioni dei doveri di ufficio* a circostanze precise e determinate ovvero anche ad una più complessiva insoddisfazione per l'operato del segretario ed in questo senso «[l]a natura e la varietà dei compiti attribuiti ... al segretario generale del comune – di collaborazione e di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente locale e di sovrintendenza e coordinamento della dirigenza dei servizi – assume rilevanza non solo nel momento del conferimento dell'incarico in relazione alla natura fiduciaria del rapporto, ma anche nella fase dello svolgimento dello stesso ai fini della valutazione dell'adempimento degli obblighi inerenti all'ufficio, dovendosi ritenere, in coerenza con i canoni di ragionevolezza, che la revoca sia consentita, oltre che in caso di specifiche gravi violazioni dei doveri dell'ufficio, pure nell'ipotesi di sostanziale inesecuzione dei compiti essenziali e qualificanti della funzione; ne consegue che, ove detti compiti vengano trascurati in ragione della dimostrata impreparazione e inadeguatezza del segretario generale, legittimamente può essere disposta, sulla base di una valutazione globale e non atomistica delle molteplici condotte contestate da cui emerge l'incapacità ad attendere ai doveri d'ufficio, la revoca dall'incarico» (così Cass. civ., sez. lav., n. 17964/2008).

<sup>36</sup> Il riferimento è in particolare alle ulteriori funzioni attribuite al segretario dallo statuto o dai regolamenti ovvero conferite dal sindaco o dal presidente della Provincia ai sensi dell'art. 97, comma 4, lett. d), T.u.e.l.

<sup>37</sup> Cfr. art. 37 CCNL 16 maggio 2001 secondo cui tra le voci che compongono la struttura della retribuzione è fatta menzione anche di quella *di risultato*. Il successivo art. 42 stabilisce al comma 1 che "[a] i segretari comunali e provinciali è attribuito un compenso annuale, denominato retribuzione di risultato, correlato al conseguimento degli obiettivi assegnati e tenendo conto del complesso degli incarichi aggiuntivi conferiti, ad eccezione dell'incarico di funzione di Direttore Generale".

<sup>38</sup> La Corte, infatti, sottolinea come «[l]a scelta del segretario ... pur fiduciaria e condotta intuitu personae, presuppone l'esame dei curricula di coloro che hanno manifestato interesse alla nomina e richiede quindi non solo la valutazione del possesso dei requisiti generalmente prescritti, ma anche la considerazione, eventualmente comparativa, delle pregresse esperienze tecniche, giuridiche e gestionali degli aspiranti».

<sup>39</sup> Sulle procedure che conducono all'iscrizione all'albo cfr. art. 13 d.P.R. 4 dicembre 1997, n. 465.

politico amministrativo», non possono non influenzare quest'ultimo, benché tale influenza non si risolva nel sostegno, più o meno espresso, al conseguimento di obiettivi specifici, bensì nella (mera) verifica della legittimità dei risultati che gli organi politici intendono raggiungere, nonché nella individuazione dei «percorsi preclusi, o anche solo resi più difficoltosi, dalla necessità di rispettare leggi, statuto e regolamenti».

Tali affermazioni paiono forse provare troppo.

Escludendo, difatti, che la collocazione temporale dell'attività svolta dal segretario possa valere da sé sola ad immettere la medesima nel circuito della determinazione dell'indirizzo politico-amministrativo, ciò che rileva è che, anche nelle parole della Corte, gli obiettivi che l'ente territoriale intende perseguire e persegue rimangono comunque determinati dagli organi di governo. Le attribuzioni del segretario in generale ed in particolare quelle dal giudice delle leggi ricondotte a tale raggruppamento rispondono a quella *esigenza* di esercitare un controllo sull'attività di Comuni e Province ben messa a fuoco dalla Corte, ma non escludono in nessun caso una nuova (e definitiva) riponderazione degli interessi in gioco da parte degli organi politici in ragione di quella *speculare esigenza* di tutelare l'autonomia degli enti locali altrettanto posta in rilievo dalla Consulta. Non convince, detto altrimenti, che una forma di controllo preventivo della legalità dell'azione amministrativa possa essere considerata portatrice di un *quid pluris* capace in qualche modo di “pilotare” le scelte di governo dell'ente, a meno di non accettare di riproporre tale schema su altre ed analoghe forme di controllo preventivo riscontrabili in ogni livello di governo. Piuttosto, il programma elettorale, divenuto programma di governo, viene *tradotto* in procedimenti e, dunque, in provvedimenti amministrativi con il competente supporto dell'attività di assistenza giuridico-amministrativa e delle funzioni referenti e consultive assegnate al segretario, fermo restando, peraltro, che i pareri resi da quest'ultimo, a prescindere dalla natura obbligatoria o facoltativa degli stessi, sono in ogni caso non vincolanti ed in quanto tali superabili dagli organi politici e, ancora, che la sua partecipazione alle riunioni degli organi collegiali non è assistita dal diritto di voto.

Del secondo ambito di competenze, poi, di cui la Corte sottolinea il «carattere eminentemente gestionale», non sono offerte argomentazioni generali a supporto della non applicabilità dei meccanismi di *spoils system*.

Qualche puntuale osservazione, invece, è resa con riguardo all'eventuale cumulo di funzioni del segretario generale con quelle di direttore generale di cui la Corte sottolinea la natura pienamente fiduciaria, nonché all'esistenza di funzioni *altre* e non predeterminate – e specificamente quelle di cui all'art. 97, comma 4, lett. *d*), T.u.e.l. – con riguardo alle quali non potrebbe che essere preclusa ogni valutazione *a priori* sui contenuti (tecnici/politici) della prestazione richiesta.

Anche tali osservazioni non paiono idonee a “blindare” il ragionamento della Corte.

Da un lato, infatti, come è stato opportunamente osservato, l'ipotesi del segretario chiamato a svolgere al contempo anche le funzioni di direttore generale è da ritenersi ormai del tutto residuale<sup>40</sup> in considerazione dell'intervenuta soppressione della figura del *city manager* ad eccezione che nei Comuni con popolazione superiore a 100.000 abitanti<sup>41</sup> i quali a ben guardare sono appena 45 su un totale di 7.914<sup>42</sup>.

Dall'altro lato, pare tutt'altro che secondaria la circostanza che pure la Consulta sottolinea soltanto incidentalmente e che attiene alla possibilità di mantenere senz'altro separati “i destini” di tali ulteriori incarichi attribuiti al segretario dalla titolarità delle funzioni già definite come “qualificanti” la figura del segretario comunale, ben potendosi riscontrare sì gli estremi per la revoca di una singola funzione/un singolo incarico attribuita/o, ma non anche quella violazione dei doveri d'ufficio che sola può mettere in discussione la permanenza nella carica del segretario.

Non possono poi non richiamarsi sul punto le osservazioni da ultimo offerte dalla giurisdizione contabile secondo cui l'art. 97, comma 4, lett. *d*), T.u.e.l. integra sì «una sorta di clausola in bianco» idonea a consentire per esigenze organizzative l'attribuzione al segretario di funzioni di tipo gestionale, ma è necessariamente da contemperare «con altre disposizioni affermative di principi di ordine generale,

---

<sup>40</sup> In questo senso G. BOGGERO, *I segretari comunali restano “tra color che sono sospesi”*: lo spoils-system non lede l'imparzialità della pubblica amministrazione, in *Osservatorio AIC*, fasc. n. 3/2019, 65.

<sup>41</sup> Cfr. legge n. 191/2009 come modificata dall'art. 1, comma 1-*quater*, d.l. n. 2/2010, convertito, con modificazioni, in legge n. 42/2010.

<sup>42</sup> Secondo i dati diffusi dall'ISTAT al 1° gennaio 2019.

come quella secondo cui i compiti c.dd. di amministrazione attiva spettano ai dirigenti e non possono essere loro sottratti se non in virtù di una norma primaria espressa»: per questa via «l'affidamento di compiti gestionali ai segretari [è] percorribile solo in via transitoria, e in caso di eccezionale assenza delle necessarie professionalità all'interno dell'Ente» poiché avente ridotte dimensioni ed in quanto tale «notoriamente priv[o] di dirigenza e, sovente, anche di dipendenti idonei a svolgerle» ovvero «in particolari frangenti, tali da generare situazioni di paralisi gestionale non risolvibili *aliunde*»<sup>43</sup>.

Certamente, non può tacersi come, in specie nella parte della pronuncia di cui si discorre nella quale si analizzano le mansioni spettanti al segretario al fine di misurarne la “distanza” dagli organi di governo degli enti territoriali minori, sorprende l'assenza di qualsivoglia riferimento al recente riconoscimento in capo al segretario del ruolo di responsabile della corruzione e della trasparenza<sup>44</sup> che con ogni certezza allontana in misura significativa il segretario dall'esecutivo locale, aggravando, peraltro, il procedimento che conduce alla revoca *ex art. 100 T.u.e.l.*<sup>45</sup>.

### 5.3. Una mancata inammissibilità?

Venendo al contenuto dispositivo della pronuncia in commento, pur avendo in altra sede avuto occasione di opinare sulla scelta legislativa di “saldare” il rapporto tra l'organo politico ed il segretario all'*intuitus personae* posto che il contesto normativo non soltanto colloca il segretario su un piano *altro* rispetto a quello deputato all'elaborazione dell'indirizzo politico, ma piuttosto lo identifica quale sostanziale controllore di questo<sup>46</sup>, ogni considerazione si ritiene non possa prescindere dalla questione di legittimità sottoposta al vaglio della Consulta ed al contempo dagli effetti che una eventuale sentenza di accoglimento avrebbe determinato sul dato normativo.

In questo senso, trovandosi il giudice delle leggi a sindacare sulla conformità a Costituzione della previsione per cui a (*ogni*) sindaco/presidente di Provincia è consentito, nel rispetto di una specifica finestra temporale successiva al proprio insediamento, nominare il segretario del Comune/della Provincia la cui durata nell'incarico corrisponde alla propria permanenza in carica, una dichiarazione d'illegittimità costituzionale avrebbe, di fatto, dato luogo alla nomina *a vita* del segretario da parte di *un* sindaco/presidente di Provincia, così scardinando profondamente la conformazione complessiva dell'istituto.

Ora, proprio in considerazione della lunga e spesso incoerente evoluzione legislativa in materia di procedimento di nomina e durata della carica del segretario dell'ente locale su cui la Corte ha non a caso ritenuto di insistere fortemente, anche evidenziando la difficile ricerca da parte del legislatore di un non semplice equilibrio tra il riconoscimento dell'autonomia degli enti locali e la necessità di garantire un controllo sull'azione amministrativa degli stessi, un cambiamento di tale portata avrebbe dovuto e dovrebbe, se del caso, derivare da una rivisitazione dell'istituto da parte del legislatore e non anche quale “effetto normativo” di una pronuncia di accoglimento da parte della Corte costituzionale.

Del resto, diversamente dalle precedenti e più volte rammentate occasioni in cui la Corte ha sindacato sulla legittimità costituzionale di meccanismi di *spoils system* applicato al personale dirigenziale – ove le disposizioni oggetto dei giudizi di costituzionalità, per lo più, si caratterizzavano per aver introdotto nell'ordinamento *deroghe* rispetto alle *regole* previste *ex lege* con riguardo alla durata degli incarichi di funzioni dirigenziali, alle volte spingendosi sino alla previsione di ipotesi di cessazione *una tantum* dagli

---

<sup>43</sup> Così Corte dei conti, sez. giurisdizionale Puglia, 23 luglio 2019, n. 489. Ciò peraltro troverebbe ulteriore conferma nella contrattazione collettiva vigente ed in specie all'intero dell'accordo integrativo del 22 dicembre 2003 – sottoscritto in attuazione dell'art. 41, comma 4, del richiamato CCNL del 2001 – il quale ha individuato le condizioni in presenza delle quali è possibile procedere ad una maggiorazione dell'indennità di posizione dei segretari ed in questo senso la maggiorazione è ammissibile nelle ipotesi in cui al segretario siano affidati compiti gestionali purché “in via temporanea e dopo aver accertato l'inesistenza delle necessarie professionalità all'interno dell'Ente”.

<sup>44</sup> Cfr. art. 1, comma 7, legge n. 190/2012. Cfr. anche d.lgs. n. 33/2013.

<sup>45</sup> Cfr. art. 1, comma 82, legge n. 190/2012 secondo cui “[i]l provvedimento di revoca di cui all'articolo 100, comma 1, del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, è comunicato dal prefetto all'Autorità nazionale anticorruzione, di cui al comma 1 del presente articolo, che si esprime entro trenta giorni. Decorso tale termine, la revoca diventa efficace, salvo che l'Autorità rilevi che la stessa sia correlata alle attività svolte dal segretario in materia di prevenzione della corruzione”.

<sup>46</sup> In questo senso C. NAPOLI, *Spoils system e Costituzione*, cit., 161.

incarichi quale effetto automatico all'entrata in vigore della norma censurata –, il riconoscimento a (ogni) sindaco/presidente di Provincia del potere di scegliere il segretario comunale/provinciale di cui intende avvalersi durante il proprio mandato amministrativo costituisce con ogni certezza una delle principali caratteristiche dell'istituto a far data dalla legge n. 127/1997 che, come ricorda la stessa Corte, ha determinato «un rilevante mutamento della complessiva fisionomia del segretario comunale».

In questa misura, allora, può forse affermarsi che la richiesta avanzata dal giudice *a quo* alla Corte costituzionale nell'ordinanza di rimessione, in quanto volta ad ottenere una «pronuncia eminentemente creativa non consentita alla Corte costituzionale»<sup>47</sup>, ben avrebbe potuto essere definita in rito: non riscontrandosi, in altri termini, una soluzione costituzionalmente obbligata<sup>48</sup>, ma piuttosto investendo la questione di costituzionalità valutazioni di opportunità e di maggior coerenza di sistema certamente rimesse alla discrezionalità del legislatore<sup>49</sup>, una decisione processuale di inammissibilità avrebbe assicurato alla Corte la possibilità di sottrarsi dal rendere considerazioni di *merito* che certamente non hanno contribuito a fare chiarezza sugli aspetti più problematici che caratterizzano l'istituto.

#### 6. *Un inedito (ed indesiderato?) arricchimento del ruolo del segretario. Considerazioni conclusive*

Ed in effetti, nonostante l'efficacia soltanto *inter partes* delle pronunce di rigetto della Corte costituzionale, la lettura che quest'ultima ha offerto del ruolo del segretario comunale e provinciale all'interno degli enti territoriali minori, non può che caratterizzare la figura in argomento con una connotazione ulteriormente bicefala, che rischia di alterare il già complesso equilibrio tra la collaborazione del segretario al buon andamento dell'azione amministrativa locale e l'attività più strettamente connessa alle funzioni di controllo della legalità. In questo senso, infatti, al dualismo derivante dalla non identificazione tra il rapporto d'impiego (con il ministero dell'Interno) ed il rapporto di servizio (con il Comune o la Provincia presso cui verrà effettivamente resa la prestazione di lavoro) e, ancora, a quello derivante dall'eventuale cumulo delle cariche di segretario e di direttore generale pur nei limiti innanzi precisati, viene ad aggiungersene un altro: quello derivante dall'esistenza di funzioni *neutrali*, per le quali il segretario si limiterebbe a fare mera applicazione delle fonti del diritto degli enti locali, e funzioni *altre*, in relazione alle quali il segretario *entrebbe* nella fase della determinazione dell'indirizzo politico dell'ente influenzando inevitabilmente su di esso.

Ora, è pur vero che l'esercizio in concreto (anche) delle funzioni del segretario dipende, in una qualche peraltro variabile misura, dalle caratteristiche personali del soggetto che le svolge, sicché è possibile che taluni segretari siano almeno astrattamente in grado di tenere “sotto scacco” il vertice politico dell'ente, anche in ragione delle sempre più complesse sequenze procedimentali e della sempre maggiore articolazione del (non)sistema delle fonti, che attentano al primato della politica, restituendo crescente potere decisionale ai supposti *tecnici*. E tuttavia, atteso che il ragionamento in questa sede non può che condursi sul piano giuridico (normativo, cioè, e non personale), non può peraltro tacersi che, pur volendo tenere in considerazione l'eventualità ora brevemente richiamata di un accrescimento abnorme del potere del segretario, simili timori ben potrebbero indurre a marcare in modo ulteriore la *distanza* tra il vertice politico e quello amministrativo.

A tale ridefinizione dei punti di equilibrio, però, è in ogni caso chiamato il legislatore nell'esercizio di un compito certamente proprio, per il quale non è dato configurare un'utile, o anche solo praticabile, supplenza della giurisdizione costituzionale.

---

<sup>47</sup> *Ex multis* [Corte cost., ord. n. 233/2017](#).

<sup>48</sup> *Ex multis* [Corte cost., sent. n. 44/2017](#).

<sup>49</sup> *Ex multis* [Corte cost., sent. n. 45/2018](#).



**Filippo Vari****Costituzione e fine vita. Riflessioni alla luce dell'insegnamento di Antonio Ruggeri\***

SOMMARIO: 1. Il tema del fine vita e l'opera di Antonio Ruggeri. – 2. Il dramma dei casi concreti e le motivazioni dei provvedimenti sul fine vita. – 3. La critica alla “tirannia” dell'autodeterminazione e l'invulnerabilità del diritto alla vita. – 4. L'art. 32 Cost., la rinuncia alle cure e il comportamento dei terzi. – 5. Il fondamento oggettivo della dignità della persona e la distinzione di quest'ultima rispetto alla qualità della vita. – 6. La legge n. 219/2017 e l'infondatezza del richiamo al principio d'eguaglianza. – 7. Fine vita, principio personalistico e principio solidaristico.

*1. Il tema del fine vita e l'opera di Antonio Ruggeri*

Nella tanto vasta, quanto profonda opera di Antonio Ruggeri un posto speciale spetta all'analisi delle tematiche del fine vita.

Egli ha affrontato questi argomenti non solo con il consueto impegno scientifico, ma anche con un coinvolgimento personale, di testimonianza civile, legato alla promozione – per riprendere le sue parole – della «etica pubblica repubblicana»<sup>1</sup>.

Ciò si evince già dalla dedica che accompagna uno scritto del 2009, destinato «a quanti, credenti e non, hanno reso testimonianza che la vita è un dono inestimabile, che nulla abbiamo fatto per averlo e che tutto dobbiamo fare per custodirlo, con dignità e amore»<sup>2</sup>. Ed è confermato dalla scelta del prof. Ruggeri di essere uno dei primi e più autorevoli firmatari di un appello, promosso dal Centro Studi Rosario Livatino, per denunciare il rischio di una lettura aperta all'eutanasia della disciplina in materia di disposizioni anticipate di trattamento (DAT)<sup>3</sup>, poi approvata dal Parlamento con la l. n. 219/2017<sup>4</sup> e sulla cui importanza nell'attuale dibattito sull'eutanasia si tornerà più avanti.

*2. Il dramma dei casi concreti e le motivazioni dei provvedimenti sul fine vita*

Gli studi di Ruggeri sul tema del fine vita sono strettamente connessi a vicende importanti della cronaca costituzionale del nostro Paese, comprovando un'attenzione alle problematiche di maggiore attualità istituzionale che caratterizza, in linea più generale, tutta la sua opera.

Uno degli spunti iniziali è dato dal drammatico e notissimo caso Englaro, e cioè quello di una ragazza in stato vegetativo persistente, il cui padre aveva intrapreso una lunga battaglia legale per arrivare a ottenere dalla

\* Il lavoro è destinato agli Scritti in onore del prof. Antonio Ruggeri.

<sup>1</sup> A. RUGGERI, *Dignità versus vita*, in [Rivista AIC](#), n. 1/2011, 8 ss.

Su tale concetto appare utile riportare le considerazioni dell'A. ne *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in [Federalismi.it](#), 17/2013, spec. 27, in cui – anche alla luce degli studi di A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994 e O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002 – afferma che la Costituzione «è il “luogo” di confluenza di etica e diritto, il “punto di connessione” ... tra morale e diritto o, forse si potrebbe pure dire, quello in cui la prima si traduce nel secondo allo scopo di potersi invernare nell'esperienza, radicandosi saldamente nel tessuto sociale e politico». Sullo stesso tema v. anche lo scritto *Recensione di Aa.Vv., Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio. Omaggio dei giuristi a Sua Santità nel XXV anno di Pontificato*, in A. RUGGERI, *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, VIII, Torino, 2005, 465, in cui afferma che «il significato più genuinamente espressivo dell'esperienza giuridica ... sta nel suo aprirsi verso ciò che è fuori di sé, attraendo a sé e quodammodo “metabolizzando” il patrimonio di “materiali” e fini-valori che viene dalla morale e, ulteriormente specificando, dalla morale cristiana». Sul tema cfr. anche ID., *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIII, Torino, 2010, 199.

<sup>2</sup> A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2009.

<sup>3</sup> L'appello può essere letto nel sito del Centro Studi Livatino all'indirizzo <https://www.centrostudilivatino.it/appello-di-oltre-250-giuristi-sono-chiamate-disposizioni-anticipate-di-trattamento-la-sostanza-e-eutanasia/>.

<sup>4</sup> Su tale normativa v. A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in questa [Rivista](#), [Studi](#), 2018/III, 571 ss.; ID., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. 207 del 2018)*, *ibid.*, [Studi](#), 2019/I, 98 ss.

Cassazione<sup>5</sup> l'autorizzazione a sospendere l'alimentazione e l'idratazione della giovane donna, così cagionandone la morte<sup>6</sup>.

Il tema resta, poi, presente negli interessi scientifici di Ruggeri, riacquistando centralità con l'esplosione del caso DJ Fabo/Cappato, e cioè quello – anch'esso assai conosciuto – di un malato gravemente invalido che è stato aiutato da un politico a recarsi in Svizzera per ottenere il suicidio assistito.

Sulla vicenda la Corte d'assise di Milano – chiamata a giudicare della liceità del comportamento del politico che ha aiutato DJ Fabo ad arrivare in Svizzera per suicidarsi – ha finito per coinvolgere la Corte costituzionale<sup>7</sup>.

Quest'ultima, con un provvedimento<sup>8</sup> “anomalo” rispetto ai suoi poteri tipizzati dalla normativa in vigore<sup>9</sup> – e anche sotto questo profilo fortemente criticato da Ruggeri<sup>10</sup> – ha dato tempo fino al settembre 2019 al Parlamento per modificare la disciplina che incrimina l'assistenza al suicidio, dettata dall'art. 580 c.p.

Se ci si sforza di riassumere gli argomenti a fondamento dei provvedimenti giudiziari che hanno segnato queste due dolorose vicende, insieme a quelli adottati in situazioni simili dai giudici coinvolti<sup>11</sup>, emergono principalmente tre motivazioni.

Il primo argomento è legato al principio di autodeterminazione – protetto dagli artt. 2 Cost., interpretato come norma a fattispecie aperta<sup>12</sup>, 13 Cost. e 32 Cost. – e cioè all'affermazione che, in caso di malattia, ognuno ha il diritto di scegliere la durata della propria vita e, dunque, l'avvento della morte in assoluta libertà rispetto a qualsiasi costringimento esterno.

Tale diritto, poi, è collegato al rifiuto dei trattamenti sanitari, che si manifesta come un risvolto negativo del diritto alla salute, protetto dall'art. 32 Cost: in altri termini, alla libertà di accedere alle cure si fa corrispondere un diritto di rifiutare queste ultime e anche ogni sostegno vitale che prolunghi l'esistenza in vita.

La garanzia di queste scelte, infine, è considerata indispensabile per tutelare la dignità di una persona malata,<sup>13</sup> che non intenda più condurre un'esistenza ritenuta, secondo proprie insindacabili scelte, non conforme a tale parametro, soggettivamente ricostruito.

Questi tre argomenti emergono, sia pure con diversa “intensità”, in molti provvedimenti sul fine vita, oltre a trovare ampio spazio anche in tanti studi dedicati dalla dottrina al tema. Essi sono spesso supportati dal riferimento al principio personalistico e a quello solidaristico<sup>14</sup>.

Si pensi alla nota decisione della Suprema Corte nel caso Englaro<sup>15</sup>. I profili sopra richiamati hanno avuto un peso nella decisione tale da far premio sugli aspetti formali e, in particolare, sulle modalità con cui

---

<sup>5</sup> Cfr. Corte cass., sez. I civ., sent. 16 ottobre 2007, n. 21784, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 77 ss.

<sup>6</sup> Sulla vicenda v. M. ESPOSITO, *Note minime sul periclitare del confine tra legge e giurisdizione*, in *Studi in onore di P. Pellegrino*, Napoli 2009, III, 66 ss.; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 515 ss. Per una diversa prospettiva v., invece, P. VERONESI, *Diritto di vivere, libertà di morire? Il caso italiano di Eluana Englaro*, in *Persona & danno*, 2012; M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 10 ss.

<sup>7</sup> I Corte d'Assise di Milano, ord. 14 febbraio 2018, in *G.U.* n. 11/2018, 1<sup>a</sup> s. spec. Su di essa v. i contributi nel volume AA.VV., *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, Atti del Seminario di Bologna, 12 ottobre 2018, a cura di A. MORRONE, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018.

<sup>8</sup> [Corte cost., ord. 16 novembre 2018, n. 207.](#)

<sup>9</sup> Cfr. in tal senso F. VIGANÒ, *The Italian Constitutional Court on Assisted Suicide*, in *Criminal Justice Network*, 2018.

<sup>10</sup> A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo](#), cit.; ID., [Fraitendimenti](#), cit., 108 ss.; ID., *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum Quad. cost.*, 2019.

<sup>11</sup> Cfr. ad es. sent. GUP Trib. Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 437 ss. Su di essa v. M. DONINI, *La necessità*, cit., 10 ss.

<sup>12</sup> Per un'esposizione sistematica di tale tesi v. A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 65 ss. In chiave critica v. A. RUGGERI, *“Nuovi” diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 1994, 46.

<sup>13</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul “caso Cappato”*, in AA.VV., *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, cit., 42.

<sup>14</sup> V. ad es. Cons. St., sez. III, sent. 2 settembre 2014, n. 4460, in *Foro amm.*, 2014, 2229 ss.

<sup>15</sup> Corte cass., sez. I civ., sent. n. 21748/2007, cit.

ricostruire la volontà del malato: la Cassazione è giunta ad autorizzare la fine di alimentazione e idratazione sulla base di una semplice presunzione, senza riscontri di natura oggettiva<sup>16</sup>.

Esemplificativa appare anche la decisione del Consiglio di Stato su una questione relativa al diniego da parte della Regione Lombardia di mettere a disposizione «una struttura per il distacco del sondino nasogastrico» con il quale Eluana Englaro era alimentata e idratata, così cagionandone la morte.

In essa si afferma che il «più fondamentale e inviolabile dei diritti» è «quello sulla propria vita e sul proprio corpo, nella concezione e nella proiezione che ciascuno ha di sé e della propria dignità, anche rifiutando le cure, giacché il diritto alla salute ha un nucleo irriducibile, protetto dalla Costituzione “come ambito inviolabile della dignità umana” ([Corte cost., sentenza n. 309 del 1999](#))»<sup>17</sup>.

I tre profili sopra richiamati trovano ampio spazio nella recente legge n. 219/2017, già sopra citata, che fornisce un ulteriore argomento per la liberalizzazione di suicidio assistito ed eutanasia in Italia.

Facendo riferimento a essa, ad esempio, nell'[ord. n. 207/2018](#) della Corte costituzionale si è invocato il rispetto del principio d'eguaglianza per eliminare il reato di assistenza al suicidio.

Infatti, poiché la normativa sulle DAT consentirebbe di rinunciare alla vita abbandonando le cure, non ci sarebbe nessuna ragione per cui ci si debba accomiatore da questo mondo soffrendo lentamente, piuttosto che in maniera immediata con un suicidio assistito o la pratica di un'eutanasia.

Vale la pena riportare per intero il seguente passaggio del provvedimento del giudice delle leggi: «il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce ... per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive»<sup>18</sup>.

### 3. La critica alla “tirannia” dell'autodeterminazione e l'invulnerabilità del diritto alla vita

Gli argomenti sopra esposti a sostegno dell'introduzione in Italia del suicidio assistito e, più in generale, come conseguenza ultima, dell'eutanasia sono stati oggetto di veementi critiche da parte di Ruggeri, a partire proprio dalla tematica dell'autodeterminazione.

È chiaro che non si può misconoscere il ruolo fondamentale che l'autodeterminazione ha già addirittura nell'elaborazione di uno dei capisaldi degli ordinamenti moderni<sup>19</sup>, e cioè il concetto di diritto soggettivo<sup>20</sup>. Esso, all'interno del proprio nucleo essenziale, postula il potere di scelta dell'individuo e, dunque, implica la sua possibilità di determinarsi in maniera autonoma.

Non è possibile nemmeno negare l'importanza che il Costituente ha dato all'autodeterminazione, a partire – come a tutti noto – dall'art. 2 Cost., che fa riferimento allo svolgimento della personalità, e dall'art. 3 Cost., che richiama il «pieno sviluppo della persona», presupponendo entrambi l'autodeterminazione della persona<sup>21</sup>.

Pur di fronte a tali premesse occorre, però, evidenziare che l'autodeterminazione è divenuta, nella giurisprudenza costituzionale, oggetto di uno specifico diritto fondamentale<sup>22</sup>, non espressamente contemplato

<sup>16</sup> Corte cass., sez. I civ., sent. n. 21748/2007, cit. Sul punto v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 518 s.

<sup>17</sup> Cons. St., sent. n. 4460/2014, cit., §. 45.

<sup>18</sup> [§. 9 del Cons. dir.](#)

<sup>19</sup> Per una critica dell'uso di tale concetto v. P. CATALANO, *Diritto, soggetti e oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. I, 1, 12*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamana*, Napoli, 2001, vol. II, 97 ss.; M.P. BACCARI VARI, Curator ventris. *Il concepito, la donna e la res publica tra storia e attualità*, Torino, 2012, 42 s.

<sup>20</sup> Su di esso v. U. VINCENTI, *Metodologia giuridica*, II ed., Padova, 2008, 12.

<sup>21</sup> Al riguardo v. i rilievi di A. MORRONE, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in AA.VV., *Il “caso Cappato”*, cit., 10 s.

<sup>22</sup> Cfr., ad es., [Corte cost., sent. 23 dicembre 2008, n. 438](#), e le osservazioni R. BALDUZZI – D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, di D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il «consenso informato» ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. n. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, 4945 ss.. Al riguardo sia consentito il rinvio a F. VARI – P. PIERGENTILI, *Sull'introduzione dell'eutanasia nell'ordinamento italiano*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019, 4 ss.

dal testo costituzionale; e che questo diritto fondamentale ha assunto nel dibattito pubblico e nei provvedimenti sopra richiamati – si pensi all'[ord. n. 207/2018](#) della Corte costituzionale – una portata quasi onnicomprensiva<sup>23</sup>, senza che ci si interroghi sui limiti alla sua affermazione.

Paradigmatica è ancora la pronuncia del Consiglio di stato sopra richiamata, in cui si legge che «proprio per questa sua insopprimibile e inviolabile dimensione intima e individuale, che muove dalla pura coscienza di sé, del proprio corpo e della propria individualità, il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente non può incontrare un limite, di fatto o di diritto, nemmeno allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita»<sup>24</sup>.

È evidente come seguendo questa impostazione si apre lo spazio all'introduzione nell'ordinamento italiano non solo del suicidio assistito, ma anche dell'eutanasia. E ciò non solo come una possibilità rimessa alla discrezionalità del legislatore, ma addirittura come un obbligo a carico di quest'ultimo, che discende dalla protezione costituzionale del diritto fondamentale all'autodeterminazione.

L'affermazione – per riprendere una nota espressione fatta propria anche dalla Corte costituzionale<sup>25</sup> – “tirannica” dell'autodeterminazione<sup>26</sup> non tiene conto, tuttavia, del rilievo, riconosciuto anche dal giudice delle leggi, del diritto alla vita.

Quest'ultimo appartiene, infatti, al nucleo duro di principi costituzionali e diritti inviolabili della persona, che non possono essere sovvertiti da nessun potere, finanche quello di revisione costituzionale.<sup>27</sup>

Vale la pena richiamare, in questa sede, due pronunce del giudice delle leggi.

Anzitutto, la [sent. n. 223/1996](#),<sup>28</sup> nella quale la Corte costituzionale, dichiarando l'illegittimità della normativa che non vietava in maniera assoluta l'estradizione dall'Italia verso Paesi che applicano la pena di morte – nel caso di specie gli Stati Uniti d'America – ha affermato che il divieto di tale pena, sancito dall'art. 27 Cost., rappresenta la «proiezione della garanzia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2» Cost.

Appare, inoltre, opportuno ricordare la [sent. n. 35/1997](#)<sup>29</sup> – scritta dalla penna di Giuliano Vassalli – che, seppur relativa al concepito, contiene un'affermazione di carattere generale: in forza dell'art. 2 Cost. «il diritto alla vita, inteso nella sua estensione più lata», è da iscriversi «tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata, in quanto appartengono – per usare l'espressione della [sentenza n. 1146 del 1988](#) – “all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”», che «non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali».

Il riconoscimento del fondamento costituzionale del diritto alla vita e la sua riconduzione tra i diritti inviolabili della persona è presente – per quanto in maniera paradossale – anche nell'[ord. n. 207/2018](#) della Corte costituzionale: in essa si richiamano le due pronunce sopra citate e si ribadisce che il diritto alla vita è «il “primo dei diritti inviolabili dell'uomo”, in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri»<sup>30</sup>.

---

<sup>23</sup> Sul punto cfr. L. ANTONINI, *L'autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in AA.VV., *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, a cura di F. D'AGOSTINO, Milano, 2012, 11 ss.

<sup>24</sup> Cons. St., sez. III, sent. n. 4460/2014, cit., spec. §. 58.

<sup>25</sup> Cfr. [Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85](#).

<sup>26</sup> Sull'affermazione “tirannica” del principio di autodeterminazione v. A. MORRONE, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, cit., 5; E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2019, 141 s.

<sup>27</sup> Su tali diritti e principi, nella giurisprudenza costituzionale, cfr. [Corte cost., sent. 29 dicembre 1988, n. 1146](#), nonché, più recentemente, [sent. 22 ottobre 2014, n. 238](#).

<sup>28</sup> [Corte cost., sent. 27 giugno 1996, n. 223](#).

<sup>29</sup> [Sent. 10 febbraio 1997, n. 35](#), sulla quale v. A. LOIODICE, *La tutela dei soggetti coinvolti nella procreazione medicalmente assistita (ipotesi di riflessione)*, in AA.VV., *Procreazione assistita: problemi e prospettive*, Atti del Convegno di studi tenutosi a Roma, il 31.1.2005, a cura di G. RAZZANO, Fasano, 2005, 308; M. OLIVETTI, *La Corte e l'aborto, fra conferme e spunti innovativi*, in *Giur. cost.*, 1997, 312 ss.; A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Parma svoltosi il 19.3.2004, a cura di A. D'ALOIA, Torino, 2005, XXV.

<sup>30</sup> Sul diritto alla vita come preconditione per il godimento di qualsiasi altro diritto v. A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo (profili costituzionali)*, in *Dir. soc.*, 1978, ripubbl. in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, vol. II., 673; P.F. GROSSI, *Alcuni interrogativi sulle libertà civili nella formulazione della Carta di Nizza*, in AA.VV., *The*

Senonché la liberalizzazione del suicidio assistito e dell'eutanasia cozza con l'inserimento della protezione della vita umana tra i diritti inviolabili.

Tali diritti, infatti, presentano «i caratteri della *indisponibilità*, della *inalienabilità*, della *intrasmissibilità*, della *irrinunciabilità* e della *imprescrittibilità*»<sup>31</sup>, essendo contrassegnati, per ciò che qui interessa, dall'impossibilità per il titolare di disporre, privandosi definitivamente del loro godimento.

Né, in senso contrario, come chiarito dal Ruggeri, è possibile richiamare la fattispecie – invero tragica – del suicidio, come fa un'autorevole dottrina<sup>32</sup>.

Al riguardo, occorre riconoscere, senz'altro, che sul piano di fatto i suicidi avvengono, come accadono, purtroppo, anche altri terribili eventi.

Tuttavia, il suicidio, pur se non direttamente punito dal legislatore, contrasta, come messo in luce da Ruggeri, con l'etica che sottostà alla Carta repubblicana e, in particolare, col dovere di ogni persona, sancito dall'art. 4 Cost., «di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società»: tale norma, infatti, presuppone l'idea che la vita «costituisce una risorsa preziosa, imperdibile, per l'intera umanità, oltre che per la stessa persona e la cerchia ristretta dei suoi cari».<sup>33</sup>

Oltretutto, se veramente il suicidio fosse esercizio di un diritto costituzionale, come sarebbe possibile legittimamente punire chi istiga al suo compimento?

Se il suicidio fosse protetto come oggetto di un diritto di libertà, chiunque potrebbe spingere altri a compierlo e, anzi, non si potrebbe impedire ad alcuno di tentarlo.<sup>34</sup>

#### 4. L'art. 32 Cost., la rinuncia alle cure e il comportamento dei terzi

Fondamentale è anche la riflessione di Ruggeri sul problema della rinuncia alle cure e sulla possibilità d'invocare quest'ultima, ai sensi dell'art. 32 Cost., per liberalizzare suicidio assistito ed eutanasia<sup>35</sup>.

Come è noto, la disposizione costituzionale da ultimo richiamata è stata oggetto di un'interpretazione volta a trasformarla da baluardo della protezione della salute – e, dunque, della vita – a fondamento del diritto di morire<sup>36</sup>.

In proposito va senz'altro riconosciuto che l'art. 32, secondo comma, Cost. opportunamente ancora al consenso l'esecuzione di un trattamento sanitario: se esso manca, il medico non può intervenire sul corpo di un malato maggiorenne, capace d'intendere e di volere. Si tratta di un principio di civiltà giuridica, in cui si esprime la connotazione personalista del nostro ordinamento: non si affidano al potere pubblico, né ad altri privati le scelte più delicate sulla salute della persona.

E tuttavia, come chiarito da Ruggeri, se è vero che «nessuno può ... essere obbligato *manu militari* a sottoporsi a cure salva-vita, ad interventi chirurgici giudicati dai sanitari indispensabili e a quant'altro può giovare al prolungamento della vita», ciò non equivale «al riconoscimento di un vero e proprio diritto al suicidio e men che mai ad un suicidio medicalmente assistito»<sup>37</sup>.

---

*Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, a cura di F. FERNÁNDEZ SEGADO, Madrid, 2003, 291; I. NICOTRA, voce *Vita (diritto alla)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, vol. VI, 6194.

<sup>31</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 84 s. Sul tema v. anche P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed., Torino, 1991, 286 s.

<sup>32</sup> Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Padova, 2003, 98.

<sup>33</sup> A. RUGGERI, *Fraintendimenti*, cit., 93 s.

<sup>34</sup> Al contrario nel vigente ordinamento il mancato impedimento di un suicidio può configurare l'ipotesi di un reato: lo riconosce, sia pure da diversa prospettiva rispetto a quella espressa nel testo, anche D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo* 2/2018, 67 ss.

<sup>35</sup> In tal senso v. ad es. M. D'AMICO, *Sull'(il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giurisprudenza Penale*, 12 ss.; S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in AA.VV., *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, a cura di F.S. MARINI – C. CUPELLI, Napoli, 2019, 40 ss.

<sup>36</sup> Cfr. M. RONCO, *In ricordo di Eluana Englaro*, 2019, al sito telematico del [Centro Studi Rosario Livatino](#); A. RUGGERI, *Fraintendimenti*, cit., 97.

<sup>37</sup> A. RUGGERI, *Fraintendimenti*, cit., 95.

La garanzia di un profilo negativo di una libertà, come tale, non è in grado di trasformare quella libertà nel suo esatto contrario e, nella fattispecie in esame, fondare un diritto a farsi uccidere, come vorrebbero invece coloro che si appellano al diritto di rifiutare le cure per dedurne quello di morire con l'aiuto altrui<sup>38</sup>.

Diversamente, dalla garanzia della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. dovrebbe giungersi a teorizzare quella di farsi arrestare e trattenere in carcere; dal diritto di ricevere una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto, di cui all'art. 36 Cost., quello a ottenere la paga che si desidera, anche se inferiore a tali standard, e così via.

Ruggeri ha sottolineato l'importanza di leggere l'art. 32 Cost. in connessione con le altre norme della Carta fondamentale, con la «etica pubblica repubblicana» di cui si diceva all'inizio di questo lavoro, in particolare con l'art. 4 Cost.

Esso, secondo quanto si è detto innanzi<sup>39</sup>, impone a ciascuno di contribuire personalmente al progresso materiale e spirituale della società. Progresso con il quale non si conciliano né scelte suicidarie o di eutanasia, né soprattutto comportamenti di terzi volti ad assecondare questi desideri e a violare il diritto alla vita, come sopra evidenziato indisponibile finanche dal suo titolare<sup>40</sup>.

##### *5. Il fondamento oggettivo della dignità della persona e la distinzione di quest'ultima rispetto alla qualità della vita*

Particolarmente importanti sono anche le critiche di Ruggeri al richiamo alla dignità della persona per sostenere la liberalizzazione di suicidio assistito ed eutanasia.

E ciò specialmente sotto due profili.

Il primo riguarda il concetto stesso di dignità. In relazione a esso prevale un'interpretazione soggettiva, in forza della quale la protezione della dignità coincide con la garanzia delle scelte più diverse della persona. Esemplificativa in tal senso è la sentenza della Cassazione su Eluana Englaro, in cui, riferendosi ai convincimenti «sul significato della dignità della persona», si è finito per ritenere che il prolungamento dell'idratazione e dell'alimentazione di un incapace in stato vegetativo persistente potesse essere contrario «al di lui modo di intendere la dignità della persona», legittimando l'interruzione di tali trattamenti.

Analoghe considerazioni sono presenti nell'[ord. n. 207/2018](#) della Corte costituzionale, in cui “si affacciano” delle aperture all'eutanasia allorché si parla del fatto che la «assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, *nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona*, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto» (corsivo nostro)<sup>41</sup>.

Di fronte a questa interpretazione soggettiva del concetto di dignità, Ruggeri ha con convinzione ribadito come dalla Costituzione vada invece tratta una nozione oggettiva di tale concetto e come la dignità,

---

<sup>38</sup> Al riguardo v. A. RUGGERI, [Fraitendimenti](#), cit., 106 ss., il quale nota che «ferma la libertà iniziale del soggetto, i trattamenti sanitari a carattere continuo possono, ovviamente, in ogni tempo essere interrotti, facendo pertanto valere l'autodeterminazione del soggetto, ma solo fino a un certo punto o a certe condizioni: giusta, infatti, la premessa della insussistenza di un diritto costituzionale a morire, non è di conseguenza possibile pretendere da terzi (familiari o personale sanitario o altri soggetti ancora) l'adozione di comportamenti, in forma sia commissiva che omissiva, che portino in modo diretto, immediato e necessario alla morte del soggetto»; ID., *Due questioni*, cit. Sul tema v. anche G. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014, 94 ss.; M. RONCO, *In ricordo di Eluana Englaro*, cit.; ID. *Impegno solidale per la vita*, in AA.VV., *Il “diritto” di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, Torino, 2019, 217 ss.; E. BILOTTI, *Dall'autodeterminazione terapeutica al Right to Die? L'ord. 207/2018 della Corte costituzionale, il compito del legislatore e il futuro intervento del giudice delle leggi*, in *NLCC*, 2019, 492 s.; E. FURNO, *Il “caso Cappato”: le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 140 ss. Sul punto cfr. anche A. MORRONE, *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, cit., 9 ss.

Per una diversa prospettiva v., nella vasta dottrina, M. DONINI, *La necessità di diritti infelici*, cit.; A. PUGIOTTO, *Variazioni*, cit., 40 ss.

<sup>39</sup> V. *supra*, par. 3.

<sup>40</sup> A. RUGGERI, [Fraitendimenti](#), cit., 95 ss.

<sup>41</sup> [§. 8 Cons. dir.](#)

indisponibile<sup>42</sup>, costituisca «il *Grundwert* e la *Grundnorm* assieme dell'ordinamento, la luce che si dona ad ogni altro valore fondamentale»<sup>43</sup>.

La necessità di riferirsi a una nozione oggettiva di dignità appare confermata da una recente pronuncia della Corte costituzionale: nella [sent. n. 141/2019](#)<sup>44</sup>, il giudice delle leggi ha riconosciuto che «nella cornice della previsione dell'art. 41, secondo comma, Cost., il concetto di “dignità”» è da intendersi «in senso oggettivo: non si tratta, di certo, della “dignità soggettiva”, quale la concepisce il singolo imprenditore o il singolo lavoratore»<sup>45</sup>.

Il secondo profilo evidenziato da Ruggeri nei suoi studi sul fine vita è legato alla necessità di non confondere la dignità con la qualità della vita, come invece avviene ad es. nei provvedimenti sopra richiamati, in cui si ritiene «che la seconda dipenda dalla prima e, a conti fatti, con essa si identifichi e in essa interamente si risolva»<sup>46</sup>.

Al contrario, pur quando le difficoltà attraversano la vita delle persone, esse non ledono o intaccano minimamente la loro dignità<sup>47</sup>.

Torna, così, alla mente l'insegnamento – sia pure riferito ad altra fattispecie – di Francesco Carnelutti. All'inizio degli anni '50, egli con forza ricordava che, «per chi non confonde il male col morbo e col dolore, proprio la vita d'un malato può raggiungere le vette più alte: se Leopardi fosse stato un atleta, mancherebbe, assai probabilmente, al mondo una delle sue bellezze più pure»<sup>48</sup>.

## 6. La legge n. 219/2017 e l'infondatezza del richiamo al principio d'eguaglianza

Le considerazioni svolte dimostrano l'impossibilità d'invocare il principio d'eguaglianza per sostenere che il divieto di assistenza al suicidio e di eutanasia determinerebbe una discriminazione a carico dei malati che, pur desiderando morire, non intendano farlo con la rinuncia alle cure, preferendo invece un supporto medico/farmacologico per sottrarsi alla sofferenza determinata dalla cessazione delle terapie.

Tale tesi muove da una lettura della l. n. 219/2017 aperta all'eutanasia.

Anche in questo caso esemplificativa è l'[ord. n. 207/2018](#). Il giudice delle leggi afferma che «se ... il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale»<sup>49</sup>.

Senonché, da un canto, appare criticabile il presupposto da cui muove la tesi in esame, e cioè un'interpretazione della normativa sulle DAT volta a legittimare l'eutanasia. Tale lettura, invero incentivata

---

<sup>42</sup> A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2011, 5.

<sup>43</sup> A. RUGGERI, *Dignità versus vita*, cit., 7; ID., *Appunti per uno studio sulla dignità*, cit., 2; ID., [Fraitendimenti](#), cit., 100. Al riguardo v. anche ID., *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in questa [Rivista](#), [Studi 2018/II](#), 392 ss.

<sup>44</sup> [Sent. 7 giugno 2019, n. 141](#). Per un primo commento alla decisione, che ne sottolinea la divergenza rispetto all'impostazione propria dell'[ord. n. 207/2018](#), v. F. PIERGENTILI, *Dignità umana e autodeterminazione nella sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, al sito telematico del [Centro Studi Rosario Livatino](#), 2019.

<sup>45</sup> [§. 6.1. Cons. dir.](#)

Per una diversa ricostruzione del concetto di dignità nell'ordinamento italiano v., invece, G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2019, 1 s.

<sup>46</sup> A. RUGGERI, *Dignità versus vita*, cit., 8.

<sup>47</sup> A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, cit., 5 s.; ID., [Fraitendimenti](#), cit., 100 s.

<sup>48</sup> F. CARNELUTTI, *Postilla a Tribunale di Piacenza sent. 31 luglio 1950*, in *Foro it.*, 1951, 990 s.

<sup>49</sup> [§. 9 Cons. dir.](#)

dalla lettera della normativa, finisce per esporsi alle stesse obiezioni sopra formulate con riferimento all'indisponibilità – anche da parte del suo titolare – del diritto alla vita<sup>50</sup>. Non a caso una sensibile dottrina ha posto in luce la necessità di fornire un'interpretazione della disciplina sulle DAT di segno opposto a quella qui criticata e volta invece a garantire il rispetto del diritto alla vita<sup>51</sup>.

D'altro canto, la tesi fatta propria dal giudice delle leggi finisce per porre sullo stesso piano situazioni in realtà diverse. Una cosa è, infatti, non permettere a qualsiasi potere d'ingerirsi nella vita delle persone costringendole a subire un trattamento medico; altro è consentire a terzi di concorrere a cagionare la morte di una persona.

Come sottolineato da Ruggeri, «la violazione del principio di eguaglianza ... può essere denunciata a condizione che previamente si dimostri la lesione di un diritto costituzionalmente riconosciuto», che tuttavia manca, come si è cercato di dimostrare nelle pagine che precedono, nella fattispecie in esame<sup>52</sup>.

La opposta tesi «sembra invece innaturalmente convertire la *libertà materiale* (e non già espressiva di una posizione costituzionalmente garantita) di persona che è in grado di porre da sé fine alla propria esistenza nel *diritto costituzionale* di persona inautonoma a pretendere da terzi l'adozione di comportamenti idonei allo scopo: sembra, cioè, offrire un sussidio giuridico a chi di quella libertà più non dispone, mettendolo in grado di portare ad effetto la propria volontà»<sup>53</sup>.

### 7. Fine vita, principio personalistico e principio solidaristico

Alla luce dell'insegnamento di Antonio Ruggeri le considerazioni sopra svolte hanno tentato di dimostrare come la liberalizzazione del suicidio assistito e dell'eutanasia non trovi alcun fondamento costituzionale e, anzi, si ponga in contrasto con quanto stabilito nella Carta repubblicana.

Essa finirebbe per scardinare definitivamente la impostazione personalistica su cui si fonda la Costituzione<sup>54</sup>, che ha «il suo cuore pulsante nella promozione della persona umana, nella *persona quale valore insomma*»<sup>55</sup>, a tutto vantaggio dell'affermazione di un modello individualistico<sup>56</sup>, in cui ogni uomo cessa di essere considerato un bene in sé, da proteggere sempre e comunque.

Né si può obiettare a tale conclusione appellandosi, come talora avviene, al principio solidaristico, che imporrebbe di “donare” la morte a quanti, straziati dalla sofferenza, la richiedano.

Infatti, è vero, secondo quanto aveva già intuito uno dei grandi classici, che l'amore è il fondamento del diritto<sup>57</sup>, e tuttavia, come chiarito da Ruggeri, «se la vita umana è un bene prezioso e imperdibile, se ne ha che la prima espressione della solidarietà che ciascuno di noi ha verso gli altri sta proprio nel tenersi in vita, sta cioè nel *dovere di vivere*»<sup>58</sup>.

L'illustre studioso al quale queste pagine sono dedicate è pienamente consapevole che la sua è «una voce fuori dal coro (o, meglio, da un certo coro)», dal momento che essa «parla, sì, di diritti ma anche (e soprattutto) di doveri, che gravano su tutti, persino – per dura che sia quest'idea da digerire – su coloro che versano in condizioni assai precarie di salute, doveri verso se stessi, prima ancora che verso gli altri»<sup>59</sup>.

Anche per tale ragione, però – sia consentito aggiungerlo – questa voce è, ancor più del solito, preziosa e da ammirare.

---

<sup>50</sup> V. *supra*, par. 2.

<sup>51</sup> E. BILOTTI, *Ai confini dell'autodeterminazione terapeutica. Il dialogo tra il legislatore e il giudice delle leggi sulla legittimità dell'assistenza medica al suicidio* in *Corr. giur.*, 2019, 469 s.

<sup>52</sup> A. RUGGERI, [Fraitendimenti](#), cit., 97,

<sup>53</sup> A. RUGGERI, *loc. ult. cit.*

<sup>54</sup> In tal senso v. E. BILOTTI, *Dall'autodeterminazione terapeutica*, cit., 479.

Sul nesso tra garanzia dei diritti inviolabili e impostazione personalistica cfr. le riflessioni di A. BALDASSARRE, *Diritti della persona*, cit., 43 ss.

<sup>55</sup> A. RUGGERI, *Il principio personalista*, cit., 27.

<sup>56</sup> Cfr. L. ANTONINI, *L'autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, cit., 11 ss.

<sup>57</sup> M.T. CICERONE, *De legibus*, I, 43. Al riguardo v. W. WALDSTEIN, *Teoria generale del diritto. Dall'antichità ad oggi*, Roma, 2001, 88 ss.; M.P. BACCARI VARI, *I quattro pilastri della pace secondo i Pontefici romani e alcuni principi del diritto romano*, in AA.VV., *L'archetipo dell'amore fra gli uomini*, a cura di G. Dalla Torre, Roma, 2007, 137 ss.

<sup>58</sup> [Fraitendimenti](#), cit., 94.

<sup>59</sup> A. RUGGERI, *Il testamento biologico*, cit., 1.



## **Domenico Argondizzo – Felice Besostri – Giampiero Buonomo** **Su alcune ragioni dell'evoluzione costituzionale** **nei Parlamenti operanti per sessioni<sup>1</sup>**

SOMMARIO: Premessa. – 1. Contesto storico. – 2. L'evoluzione del sistema delle sessioni in senso compatibile con la democrazia parlamentare. – 3. La reazione. – 4. Conclusioni.

La vicenda britannica della proroga dei lavori dei Comuni<sup>2</sup> - decisa dalla Regina, sul conforme parere del Consiglio privato che, nelle cause in corso<sup>3</sup>, è l'esclusivo oggetto di scrutinio giurisdizionale - offre l'opportunità per una comparazione diacronica. Premesso che il sistema britannico ha una costituzione non codificata, che si sostanzia di consuetudini, precedenti e regolamenti parlamentari, può essere utile osservare come il parallelo sistema parlamentare italiano, nel primo dopoguerra, cercò di emendarsi, anche per trarne delle suggestioni interessanti ai presenti fini.

Nel biennio 1920-1922, la Camera dei deputati del Regno d'Italia conquistava il potere di decidere sulla sua riconvocazione, e l'organizzazione dell'attività legislativa attraverso commissioni permanenti, importando tali istituti dal coevo ordinamento francese<sup>4</sup>. La polemica violentissima della controparte fascista fu tale che, appena assicuratasi la maggioranza in parlamento con una legge elettorale liberticida, il primo atto della nuova legislatura fu l'abrogazione di queste riforme regolamentari: essa avvenne nella seduta del 29 maggio 1924, un giorno prima che in quella stessa aula Giacomo Matteotti pronunciasse il discorso che ne provocò l'assassinio da parte di sicari di Mussolini. Ebbene, in questa sede si dimostrerà che:

- i) il sistema dei Parlamenti operanti per sessione, come era la Camera dei deputati del Regno d'Italia, recava in sé profondi anticorpi di tipo autoritario;
- ii) i parlamentari democratici e socialisti ne erano ben avveduti, tant'è vero che nel 1920/1922 essi (e tra di essi in prima fila Giacomo Matteotti) vararono delle riforme regolamentari che, incentrate sul potere di autoconvocazione della Camera e sulle Commissioni permanenti, temperassero l'arbitrio dell'Esecutivo;
- iii) il primo atto della reazione fascista fu di ripristinare una concezione retrograda della sessione, censurando gli istituti che lo rendevano compatibile con la democrazia; il secondo atto fu di regolare i conti con il migliore degli artefici dell'interpretazione evolutiva, Giacomo Matteotti, uccidendolo.

### 1. Contesto storico

A proposito della forma di governo del Regno d'Italia, si era sviluppata, sin dai primi anni di vita dello

---

<sup>1</sup> Questo lavoro è debitore allo scritto di Domenico Argondizzo, *1920-1922. Nascita e morte della democrazia in Parlamento. Dramma in cinque atti*, inedito depositato presso le Biblioteche della Camera dei deputati (BCdD 2006.00751RES/1-2) e del Senato della Repubblica (BSR 258.XVII.2/1-2); tratti pure da esso: *Sull'autoconvocazione in senso stretto*, in «Nuovi studi politici», luglio-dicembre 2006, 3/4, a. XXXVI, nonché sul forum dei «Quaderni Costituzionali»; *1920-1922 La nuova organizzazione dei lavori della Camera dei deputati alla prova*; *1920-1922 La normazione parlamentare sul bilancio e la decretazione governativa*; *1920-1922 Il bacio di una consorte non importuna, la quale, femmina come è, ama un po' di essere adulata*. Per la traduzione inglese dell'abstract si ringrazia il dottor Andrea Pisauro.

<sup>2</sup> Sulla proroga parlamentare nei sistemi di *Common law*, si veda da ultimo: *The Veiled Sceptre. Reserve Powers of Heads of State in Westminster Systems*, Anne Twomey, Cambridge University Press, 2018; [Prorogation of Parliament](#), Graeme Cowie, House of Commons Library, Briefing Paper n. 8589, 11 June 2019.

<sup>3</sup> Si tratta delle iniziative intentate dinanzi alle Corti inglesi dalla signora Gina Miller ed altri e dinanzi a quelle scozzesi dalla deputata Joanna Cherry: sui diversi esiti a cui sono sin qui pervenute le Corti adite, e sull'imminente pronuncia della Corte suprema del Regno Unito, v. *UK Human Rights Blog* (<https://ukhumanrightsblog.com/2019/09/11/a-tale-of-two-judgments-scottish-court-of-session-rules-prorogation-of-parliament-unlawful-but-high-court-of-england-and-wales-begs-to-differ/>).

<sup>4</sup> Due ulteriori giovani istituti del diritto parlamentare francese, portato diretto delle commissioni permanenti espressione dei gruppi parlamentari politici, comparvero nella prassi e/o nei regolamenti parlamentari alla Camera: 1) la funzione di "filtro" della commissione che curava la materia del bilancio; 2) la funzione di coordinamento interno ed esterno (nei confronti del Governo) del Presidente della Camera e di un nuovo organo, cioè della Conferenza dei presidenti delle commissioni permanenti. Si noti soltanto che sia in Italia sia, più organicamente e sistematicamente in Francia, questa prima forma di programmazione dei lavori è svolta da un organo diverso dalla Conferenza dei presidenti dei gruppi parlamentari.

Statuto e con alterne vicende, una prassi che l'aveva apparentemente spostata, da quella costituzionale pura<sup>5</sup> (nella quale il Governo doveva godere della fiducia del Re e di lui solo, ed il Parlamento non aveva alcuna voce in capitolo sulla vita del Ministero), ad una forma che richiamava quella di gabinetto britannica<sup>6</sup>. Dall'analisi di diversi snodi critici della storia del Regno si prova che questo richiamo poteva trasformarsi in mera apparenza: grazie all'utilizzo di strumenti eccezionali, ma piegati ad uno scopo eccentrico rispetto alla loro causa<sup>7</sup>, la sostanza del potere talvolta passava nelle mani del solo Re e dei pochi uomini che godevano della sua fiducia. Il Re poteva chiudere e/o tenere chiusa la Camera a proprio piacimento, con i diversi istituti dello scioglimento, della chiusura o proroga della sessione parlamentare, e dell'aggiornamento dei lavori<sup>8</sup>.

Mentre però la prassi inglese ha sempre richiesto "a good faith exercise of the power"<sup>9</sup>, sostanziale fu

---

<sup>5</sup> Sul tipo della Costituzione dell'Impero germanico del 1871, ovvero delle Costituzioni francesi del 1814 e 1830.

<sup>6</sup> Per l'assenza di alcuna prescrittività in tale tendenza della forma di governo italiana, si è parlato di una mera ed incostante prassi, e non di una convenzione né di consuetudine costituzionale (ove mai si considerasse possibile la consuetudine in materia costituzionale). Per altro verso, la richiesta di "ritorno allo Statuto" avanzata per primo da Sidney Sonnino dimostra che la Costituzione materiale dell'Italia liberale considerava esigibile il comportamento della responsabilità ministeriale verso la Camera e che ogni rottura di tale prassi, quando avveniva, doveva ammantarsi di strumenti ulteriori e diversi, espressione della prerogativa della Corona, *in primis* proprio la proroga della sessione di cui all'articolo 9 dello Statuto.

<sup>7</sup> La chiusura della sessione aveva il potere non solo di sospendere, ma di porre termine anche a tutte le faccende pendenti, annullando il lavoro già fatto, quando esso non fosse portato a compimento; di far cessare tutti gli uffici e, per lo più, anche quello della Presidenza. Questa consuetudine ebbe probabilmente origine, in Inghilterra, dal fatto che un tempo colà la sessione coincideva con la legislatura, o per meglio dire la legislatura non si divideva in sessioni, perché ogni qual volta il Parlamento doveva venire convocato, si procedeva alle nuove elezioni, e il Parlamento perciò durava in vita per il solo tempo della convocazione. Dopo la polemica alimentata dal Cartismo nei confronti della durata dei governi superiore ad un anno, l'istituto fu riutilizzato "frammentando" cronologicamente il rapporto fiduciario, in modo che la funzione di indirizzo politico fosse periodicamente "rinnovata" – anche in presenza dello stesso Gabinetto – dal dibattito di un nuovo Discorso della Corona, ad apertura della nuova sessione. Sorta in quel modo, si trovò conveniente adottarla e conservarla in altri sistemi costituzionali: col suo mezzo il Ministero poteva troncarsi improvvisamente tutti quegli atti di indirizzo del Parlamento che non fossero graditi; non solo, ma poteva anche annullare, come non fossero mai esistiti, gli atti legislativi in itinere, il che, nella maggior parte dei casi equivaleva a renderne definitivamente impossibile l'approvazione, dovendo ricominciare l'iter nella nuova sessione da capo, e solo se ripresentati. Se un membro dell'opposizione era riuscito a far passare una proposta contraria alle vedute del Governo, oppure un progetto da questo presentato scontentava una parte della maggioranza o rischiava di non passare, il Gabinetto non doveva che chiudere la sessione e tutto ritornava nel nulla, tutto veniva rimesso allo stato iniziale e il Ministero veniva tolto da ogni imbarazzo. La lunghezza della sessione parlamentare poteva in parte considerarsi come una conseguenza di questo fatto, almeno in Italia: stando infatti all'art. 9 dello Statuto, le sessioni avrebbero dovuto essere annuali, invece era prevalso l'uso di prostrarle per un tempo indeterminato. Onde il lavoro parlamentare veniva semplicemente sospeso per mezzo degli aggiornamenti, ottenendo così gli effetti benefici della chiusura (dare alle Camere il necessario riposo, indurle a concentrare il loro lavoro, dar tempo al Governo di preparare i suoi progetti ed in genere il lavoro di cui si sarebbero dovute occupare le Camere), senza averne quelli inutili o dannosi.

<sup>8</sup> Nell'ordinamento statutario l'aggiornamento nasceva ben distinto dalla proroga. La proroga era un atto della Corona, una attribuzione che essa possedeva in base all'art. 9 dello Statuto il quale non poneva alcun limite all'esercizio di esso, salvo quello costituito dalla convocazione annuale: di modo che la Corona avrebbe potuto prorogare le Camere anche per 11 mesi. Gli aggiornamenti venivano deliberati dalla stessa Camera direttamente o indirettamente. Col sistema delle lunghe sessioni era dovuta necessariamente sorgere l'abitudine degli aggiornamenti periodici nella ricorrenza delle festività e dei mesi estivi. Il principio che le Camere dovevano lavorare di conserva non trovava applicazione quando si trattava degli aggiornamenti: così una Camera poteva aggiornarsi e l'altra continuare nel suo lavoro, oppure riprendere le sue sedute prima dell'altra. La ragione risiedeva nel fatto che l'aggiornamento costituiva una sospensione occasionale di funzione da parte di una Assemblea e non una vera interruzione del lavoro parlamentare; era un fatto interno, riferentesi all'economia delle sue funzioni, e non un fatto esterno riferentesi a tutta la vita del Parlamento (tutto ciò sta in V. Miceli, *Principii di diritto parlamentare e Principii fondamentali di diritto costituzionale generale*). Diversamente dalla precedente ricognizione desunta dalla dottrina fino al 1910, la prassi parlamentare degli anni dal 1915 al 1922 era nel senso di considerare l'aggiornamento come una unica categoria con la proroga. Tant'è vero che nella serie degli Atti e documenti parlamentari viene riportata l'unica locuzione di proroga. Quanto, a livello di sostanza politica, la Camera dei deputati fosse condizionata nella sua "libera" scelta di aggiornarsi lo si intravede dall'ultimo, patologico evento del "biennio legalitario" di Mussolini: dopo l'annuncio della scomparsa dell'onorevole Matteotti, dato in Aula venerdì 13 giugno 1924, la maggioranza fascista, su evidente impulso dell'Esecutivo, aggiornava i suoi lavori fino all'autunno, lasciando agli ispiratori del delitto il tempo di riorganizzarsi, di depistare le indagini del giudice penale e di conseguire un'utilissima fiducia dall'altra Camera, il Senato regio non elettivo eppure virtualmente titolare del potere di messa in istato d'accusa dei membri del Governo.

<sup>9</sup> "Advising the Queen to prorogue parliament so to prevent it from frustrating the prime minister's agenda cannot

l'espropriazione del Parlamento italiano, conseguita dal Governo con la complicità del sovrano: i suoi effetti nefasti furono percepiti dalle nuove classi sociali, che si affacciavano alla partecipazione al gioco democratico-parlamentare, sin dal 1911 (quando l'Italia entrò in guerra con la Turchia a Camera chiusa)<sup>10</sup> e culminata nella conduzione della prima guerra mondiale da parte dell'Esecutivo senza alcun vero coinvolgimento parlamentare<sup>11</sup>.

La conseguenza dell'asfittica tenuta degli affari parlamentari, in periodo bellico, fu quindi declinata – nella prima legislatura eletta con la partecipazione di tutti i partiti di massa, nel 1919 – nella richiesta di una maggiore stabilità nell'esercizio della funzione parlamentare, che potesse vincolare il governo con una maggiore continuità dell'istruttoria legislativa<sup>12</sup> e con una permanenza della funzione di indirizzo politico anche nel periodo di proroga della sessione. In ultima istanza, il sistema proposto dall'onorevole Modigliani nel 1920, e poi sviluppato da Matteotti nel 1922, si collegava con la valorizzazione dell'istituto dell'autoconvocazione della Camera, che così poteva reagire tempestivamente ad eventi o decisioni con cui il governo cercasse di sottrarsi al suo costante controllo con la complicità del monarca.

Come il sistema precedente degli uffici si attagliava ad una democrazia ristretta e censitaria, con una sostanziale omogeneità politica dovuta all'omogeneità della classe economica che aveva accesso alla rappresentanza (perciò erano, tutto sommato, poco frequenti rispetto all'irrazionalità del sistema degli uffici, i casi in cui il Re doveva chiudere o sospendere i lavori della Camera), così il sistema delle commissioni permanenti presuppone una democrazia fondata sui partiti politici e su di un sistema costituzionale in cui si garantisce la potenziale partecipazione all'indirizzo politico a tutta la popolazione. La permanenza della funzione parlamentare era infatti istanza democratica conseguente all'allargamento del suffragio, limitatamente al genere maschile, avvenuto nel 1913, con il suo successivo perfezionamento (anche con il

---

possibly be considered a good faith exercise of the power”, secondo il costituzionalista britannico Sam Fowles (*Proroguing parliament: what does it mean and can it be used to push through Brexit?*, *The Week*, 5 luglio 2019). Sul concetto di buona fede, nei rapporti tra Premier e Sovrano nel Regno Unito, v. i *Lascelles Principles* con cui, nel 1951, furono informalmente positivizzate le consuetudini costituzionali in base alle quali il Monarca può rifiutare lo scioglimento della Camera (Leopoldo Elia li richiamava per dimostrare che non sarebbe richiesto in buona fede uno scioglimento utile per riportare la disciplina all'interno del partito di maggioranza, invece che per rafforzarlo nella sua unitarietà nella competizione con l'opposizione: v. Università La Sapienza di Roma - Dipartimento di Scienze Giuridiche, 10 dicembre 2018, Convegno “L'insegnamento e l'opera di Leopoldo Elia a dieci anni dalla morte”, tavola rotonda finale).

<sup>10</sup> Dopo una proroga dei lavori decisa il 10 luglio 1911, la Camera fu riconvocata il 22 febbraio 1912, essendo stata tenuta bellamente chiusa in occasione della guerra condotta contro la Turchia per la conquista della Libia. Nel primo giorno di lavoro fu presentato il disegno di legge per la conversione in legge del regio decreto 5 novembre 1911, col quale la Tripolitania e la Cirenaica vennero poste sotto la sovranità piena ed intera del Regno d'Italia.

<sup>11</sup> Il 22 marzo 1915 Salandra propose di prendere le vacanze pasquali e prorogare i suoi lavori. Il 26 aprile successivo, fu firmato, a Londra, un patto segreto d'alleanza fra Gran Bretagna, Francia, Russia e Italia (firmato dal marchese Guglielmo Imperiali, ambasciatore a Londra, in rappresentanza del governo italiano), con il quale l'Italia aderiva all'Intesa e si impegnava a entrare in guerra, entro un mese, contro gli imperi centrali. Di questo patto non fu reso edotto il Parlamento (fino al 1917, quando i bolscevichi lo rivelarono). Il 20 maggio 1915, la Camera dei deputati, appena riunitasi e subito chiusa, approvava (407 voti a favore, tra cui la grande maggioranza dei giolittiani, e 74 contrari) il disegno di legge - approvato poi dal Senato (281 voti a favore su 281 senatori presenti) il giorno seguente -, per il conferimento al Governo del Re di poteri straordinari in caso di guerra. La sera del 23 maggio il Governo italiano dichiarò guerra all'Impero Austro-Ungarico. La Camera fu riunita successivamente solo il 1 dicembre. Stessa cosa nel 1916: chiusa dal 2 luglio al 5 dicembre. E non va meglio nel 1917 e 1918...

<sup>12</sup> Sino all'estate del 1920, l'iter legislativo della Camera era basato sul sistema degli uffici: ogni due mesi tutti i deputati venivano estratti a sorte e divisi in nove uffici, i quali dovevano vagliare sommariamente tutti i progetti di legge in discussione. Ogni singolo ufficio doveva, all'esito dell'esame, nominare un delegato per la commissione che si doveva costituire ad hoc per ciascun progetto di legge. Come si vede era un sistema farraginoso, dispendioso di energie personali e di tempo (tutti i deputati si dovevano occupare, non solo normalmente in Assemblea, ma già nella fase istruttoria, di tutti i progetti di legge, qualunque ne fosse la materia), non garantiva la tecnicità dell'esame né un costante indirizzo politico alla legislazione. Poteva darsi, infatti, data la casualità del sorteggio, che nei singoli uffici e nella commissione ad hoc, si formasse una maggioranza politica diversa da quella che sosteneva il Ministero (ed il rimedio in questo caso, come abbiamo visto, era nell'uso spregiudicato dell'aggiornamento, della proroga-chiusura della sessione ovvero della fine della legislatura). A questo sistema si sostituì quello, ancora oggi in funzione, delle commissioni parlamentari permanenti come strumento generale istruttorio dei progetti di legge su cui poi l'Assemblea si può pronunciare. Con tale sistema si garantisce la funzione di aggregazione politica dei gruppi parlamentari, in sintonia con i corrispondenti partiti politici fuori del Parlamento; e, soprattutto, una divisione del lavoro, una sua sistematicità, costanza, nonché una specializzazione dei compiti tra i parlamentari e, con tutto ciò, una profondità del vaglio dei testi normativi e delle problematiche sottese.

passaggio al sistema proporzionale) nel 1919: essa negava la possibilità di aree escluse – sia sotto il profilo temporale che materiale – dalla responsabilità politica dell'Esecutivo rispetto all'organo di diretta derivazione dalla sovranità popolare.

## 2. *L'evoluzione del sistema delle sessioni in senso compatibile con la democrazia parlamentare*

Tale evoluzione elettorale ed acquisizione di maggiori prerogative e funzioni da parte della Camera dei deputati<sup>13</sup> avvenne per opera - in via di assoluto protagonismo - di alcuni esponenti socialisti riformisti<sup>14</sup> del gruppo parlamentare socialista. Infatti, dagli interventi (alla Camera ovvero sulla stampa<sup>15</sup>) di Filippo Turati, Giuseppe Emanuele Modigliani, Giacomo Matteotti, si irradia una luce chiarificatrice sui fatti normativo-regolamentari suddetti, e contemporaneamente si ottiene una visione complessiva del concreto funzionamento dell'allora sistema politico costituzionale, nonché della funzione svolta da quella corrente politica e del pensiero politico. La corrente socialista riformista diede un decisivo apporto, in generale, alla trasformazione dell'organizzazione interna e del funzionamento legislativo della Camera dei deputati, perciò alla sua capacità di incidere anche sull'indirizzo politico generale (salvi sempre i colpi di mano del Governo del Re), e quindi al tentativo di rendere la forma di governo realmente parlamentare.

Già il 12 giugno 1918, a Montecitorio il deputato Giuseppe Emanuele Modigliani (della corrente, interna al partito, *riformista o progressiva*) dichiarava: "Ma io mi domando se un Parlamento può in quest'ora ubbidire ad un consiglio di prudenza e di riserbo assoluto, che diventa un consiglio di silenzio assoluto. Mi domando se il Parlamento non possa, e non debba anzi, subito, appena siede, rivolgere al Governo nella sua qualità di *leader* della maggioranza, una prima domanda: era proprio così che l'ordine dei lavori di quest'Assemblea doveva essere predisposto? Io so benissimo che la domanda non deve essere rivolta soltanto al Governo. L'ordine dei lavori dell'Assemblea dipende anche dall'Assemblea; ma sarebbe un disconoscere una realtà, oltre anche che una necessità politica ed in certo senso giuridica, sarebbe disconoscere questa realtà non domandarne conto prima di tutto al Governo. Se non ufficialmente, se non formalmente il Governo è sostanzialmente il disciplinatore dei lavori di questa Assemblea."

Con la nuova legislatura del 1919 questo stesso tema fu affrontato unitariamente: l'affermazione originaria dell'autoconvocazione era connessa sia alla tutela delle minoranze, sia alla più decisiva battaglia per l'affrancazione della Camera dei deputati dal Governo del Re<sup>16</sup>, in connessione con l'istituzione delle commissioni permanenti<sup>17</sup>. Ma andiamo alle pagine della storia, per apprezzarne la pertinenza con la voce degli

---

<sup>13</sup> Per risalire all'origine delle necessità che portano a quelle riforme, si deve andare indietro per lo meno al 1912. È con la guerra (di Libia e poi mondiale) che, acuendosi il deficit di rappresentatività e le criticità della forma di governo statutaria, si innesca una maturazione che porterà alle riforme del regolamento parlamentare della Camera dei deputati nel luglio-agosto del 1920 (sedute del 24, 26 luglio e 6 agosto), e poi ad un suo perfezionamento nel giugno 1922 (22 e 23 giugno).

<sup>14</sup> Ci si riferisce alla corrente riformista interna al partito socialista (all'epoca definito "ufficiale"), e non alla distinta formazione politica dei socialisti riformisti (o "socialriformisti"), pur sempre germinata dal partito socialista. Ciononostante anche per alcuni esponenti del partito socialista riformista, ad esempio Arturo Labriola, si può parlare di un loro ruolo chiave nella vicenda regolamentare osservata.

<sup>15</sup> Prevalentemente dalla «Critica Sociale».

<sup>16</sup> Lo scopo di democratizzare il sistema della conduzione degli affari parlamentari emerge ancora dall'intervento citato dell'onorevole Modigliani: "L'attività della Camera non soffre del male di un giorno o di alcuni giorni saltuari, ma di un male cronico. E il Governo potrà difendersi dalle mie critiche denunciando le cause di questo malore cronico e osservando che il Parlamento si è condannato da sé, per tre anni e più, a non esistere, a non vivere altro che di una vita simbolica: così che compare ogni due mesi a far finta di fare una discussione che realmente non si fa, e che si risolve in una serie di conferenze di deputati a cui il Governo risponde quando gli pare, se gli pare e dicendo quello che gli pare. Ma il male indica esso stesso il rimedio: il Parlamento deve voler avere una funzione continua! E deve nel contempo predisporre alla propria funzione quegli organi di cui ora difetta e che possono servire - oltre che a rendere l'opera della Camera meglio preparata e più feconda - anche a mantenere un nesso di continuità, fra le varie riprese della sua attività plenaria. Alludo a quelle commissioni parlamentari che furono già proposte da varie parti politiche e che non autorizzano certo le diffidenze interventiste, sol che si pensi alla loro marca d'origine. Le commissioni parlamentari permanenti sono una istituzione francese" (12 giugno 1918).

<sup>17</sup> Tema anticipato sempre dal nostro deputato Modigliani, ancora il 12 giugno 1918: "Perché le sedute francesi non sono quella scuola di accademia in cui si risolvono spesso le nostre? Perché le questioni arrivano in discussione più mature? Perché le commissioni permanenti studiano e preparano il terreno assai meglio di quello che da noi non si faccia col sistema inconcepibile degli uffici; perché in occasione delle grandi discussioni politiche sono già passate al gran vaglio

stessi protagonisti: nella seduta dell'Assemblea della Camera dei deputati del Regno d'Italia di lunedì 26 luglio 1920, nella prima tornata, si svolse il seguito della discussione sulle modificazioni al regolamento iniziata due giorni prima.

Si trattava della prima proposta di realizzazione di una piena democrazia parlamentare, per lo meno nel ramo elettivo del Parlamento, attraverso l'organizzazione dei lavori in commissioni permanenti (come la conosciamo oggi), e di una serie di altri istituti collegati a questa specializzazione e razionalizzazione del lavoro parlamentare. Era relatore in Aula della proposta proprio l'onorevole Modigliani. Fra gli istituti necessari alla piena esistenza della democrazia parlamentare vi era (e vi è) l'autoconvocazione dell'Assemblea e delle singole commissioni (presente nel programma ufficiale del partito socialista già dal maggio 1917). Merita riportare alcuni brani del dibattito<sup>18</sup> che si sviluppò sul tema, introdotto attraverso un articolo aggiuntivo *Matteotti-Pio Donati*<sup>19</sup>.

Modigliani: «La Giunta anche qui non è stata concorde. Il relatore, naturalmente, è favorevole all'emendamento per molte ragioni, ma specialmente perché faceva parte del progetto di riforma del regolamento così come il relatore l'aveva presentato nella passata e nella presente legislatura. Venuta però in discussione la questione nella Giunta del regolamento, la Giunta ha creduto, nella sua maggioranza, escluso cioè chi ha l'onore di parlarvi, che si opponesse all'accoglimento dell'articolo aggiuntivo, oltre tutta una serie di considerazioni politiche che saranno esposte dai colleghi che hanno più competenza di me per esporre il proprio pensiero politico, anche una considerazione che in un certo senso è pregiudiziale anche se possa e debba essere decisa insieme al merito. L'autoconvocazione della Camera, sulla quale, se io non erro, tutta la Giunta è concorde nel senso che essa costituisca una questione ormai matura, e la cui soluzione deve ormai essere trovata con sollecitudine, tale questione, secondo la maggioranza della Giunta, non può essere risolta in questa sede e in questa occasione. Dice la maggioranza della Giunta che si tratta, in sostanza, di una innovazione statutaria. Nessun dubbio che le innovazioni possono farsi anche senza disegni di legge che abbiano carattere di straordinaria pomposità, ma, osserva la maggioranza della Giunta, è fuori di dubbio che una modificazione statutaria non può essere l'opera di uno solo dei due rami del Parlamento. Essa deve essere voluta e attuata con una vera e propria legge. La maggioranza della Giunta osservò anche che ove un emendamento aggiuntivo di questo genere fosse approvato, si verrebbe a creare questo stato di fatto e di diritto: convocata la Camera, il Senato da chi e come sarebbe convocato? Secondo chi ha l'onore di parlarvi, si può obiettare che dovrebbe logicamente essere convocato immediatamente da chi già ora ha la facoltà di convocarlo. Pensa invece la maggioranza della Giunta, che dovrebbe approvarsi subito un complesso di disposizioni che disciplini la messa in moto complessiva e generale dell'organismo legislativo. Per queste considerazioni, oltre che per altre di carattere politico, che i colleghi esporranno, se crederanno di farlo, la

---

delle commissioni parlamentari le piccole domande di notizie; i piccoli dettagli ed ogni minuzia [sono] abbandonati durante il dibattito che si fa alla Camera, ove dura un giorno o due al massimo, acquistando una serietà ed una profondità tipiche, e, oso dire, acquistando vera bellezza morale e politica. Orbene perché questo da noi non si potrebbe fare, perché non si potrebbero istituire commissioni parlamentari composte di rappresentanti diretti dei gruppi parlamentari? Io non ne vedo, la ragione. E concludo, annunciando alla Camera che il gruppo parlamentare socialista per superare eliminandoli certi argomenti di coloro che non vedono con simpatia il pieno esercizio dei diritti di controllo del Parlamento, presenterà se non questa sera, domani o doman l'altro, un progetto di riforma al regolamento, inteso a creare, con quelle norme, con quelli accorgimenti, con quelle modalità che la Camera crederà più opportune, le commissioni permanenti di controllo che rendano possibile e sicuro l'esercizio del supremo dovere di un Parlamento: controllare, sorvegliare, guidare il Governo».

<sup>18</sup> Camera dei deputati, Atti del Parlamento italiano. Camera dei deputati. Discussioni. Legislatura XXV, sessione unica.

Una notazione sulle locuzioni: stante la promiscuità nell'uso di esse, ho preferito usare sempre "Giunta del regolamento" piuttosto che "Commissione del regolamento", anche perché è più rispettoso del testo del regolamento allora vigente nonché della differenza concettuale che la teoria contemporanea del diritto parlamentare riconosce ai due istituti della "giunta" e della "commissione". Precedentemente alle riforme regolamentari del 1920 il termine di "giunta" era considerato fungibile con quello di "commissione". Solo con l'istituzione delle commissioni permanenti, "giunta" passò ad indicare quegli organi collegiali della Camera che non sono istituzionalmente investiti di funzioni legislative o di controllo politico, ma di funzioni tecnico giuridiche. Proprio per questo loro carattere esse sfuggono, dal punto di vista strettamente regolamentare, alla formale designazione da parte dei gruppi e durano per l'intera legislatura.

<sup>19</sup> «Quando cinque commissioni permanenti lo deliberino a maggioranza assoluta con l'intervento di almeno la metà dei rispettivi iscritti, o quando ne facciano richiesta collettiva due quinti almeno di commissari complessivamente appartenenti alle varie commissioni, la Presidenza della Camera dovrà convocare la Camera (non oltre il quindicesimo giorno dalla richiesta, o dalla comunicazione dei deliberati) per la discussione delle materie indicate nelle deliberazioni o nelle richieste di cui sopra».

Giunta è contraria all'accoglimento dell'articolo aggiuntivo. Il relatore, ripeto, è invece favorevole. Al relatore personalmente sembra che tutte queste argomentazioni cedano di fronte all'utilità grandissima dell'autoconvocazione della Camera, utilità che noi abbiamo sentito in più di una occasione, in momenti veramente difficili<sup>20</sup>. E non sembra che il modo con cui l'autoconvocazione è disciplinata dalla proposta, offra rischi, né di impulsività, né di impreparazione della convocazione stessa. (...) Per queste considerazioni, il relatore è favorevole ed ha creduto suo dovere di precisare il proprio pensiero, pur dopo avere riferito quello della maggioranza della Giunta».

Il successivo dibattito si segnalò per il tentativo della parte politica dello stesso Modigliani di ridimensionare la portata rivoluzionaria della sua posizione, in certo senso eversiva dello stesso ordinamento costituzionale statutario che, per quanto a Costituzione flessibile, era a Costituzione scritta. Filippo Turati cercò di riportare la proposta nell'alveo dell'articolo 48 dello Statuto<sup>21</sup>, escludendo una sua interferenza con l'articolo 9 e, quindi, con la proroga delle sessioni: per lui le dichiarazioni fatte dall'onorevole Giolitti - a Dronero<sup>22</sup> prima, nelle dichiarazioni fatte dal Governo poi - erano "diventate una specie di contratto parlamentare col voto di fiducia dato al Governo" e con esse "era stato riconosciuto il principio dell'autoconvocazione della Camera", in quanto "la Camera è sovranità parlamentare, ma una Camera la quale, salvo la convocazione una volta l'anno, può essere per 364 giorni di ogni anno tenuta a casa, evidentemente è una Camera buffa". La discussione prese così il sentiero della natura costituzionale della modifica (oltre che del *quorum* per la richiesta autoconvocazione, che qui si tralascerà).

Il deputato Tovini, stante la natura flessibile dello Statuto, ritenne che "se in questo scorcio di legislatura ci si proponesse una legge, anche di iniziativa parlamentare, la quale sancisse con adeguate cautele il principio dell'autoconvocazione, in linea di massima, dichiaro, che il partito popolare sarebbe favorevole". Gli replicava Matteotti: «Quanto alla questione statutaria, alla quale si riferiscono le osservazioni della Giunta, bisogna considerare due aspetti, quello positivo e quello negativo. La nostra proposta viola o modifica le disposizioni statutarie? O invece essa non viene forse ad integrare disposizioni statutarie? Nessun articolo dello Statuto è violato. Gli articoli dello Statuto che hanno attinenza con la questione concernono le prerogative del potere esecutivo. Ora queste prerogative non sono violate. Nulla è tolto al potere esecutivo, al quale rimane la facoltà di convocare, prorogare e sciogliere la Camera. Né si viola la prerogativa del Senato, perché si tratta di sedute della Camera e non di sessioni: la Camera può sedere mentre il Senato non siede, purché sia contemporanea la sessione. Anche sotto questo aspetto dunque non si viola alcuna disposizione statutaria. Invece credo che la nostra proposta venga ad integrare le facoltà assegnate dallo Statuto alla Camera. Lo Statuto parla d'iniziativa della Camera per la proposizione delle leggi, la messa in stato d'accusa dei ministri, ecc.. Ora l'iniziativa delle leggi viene proprio dalle commissioni permanenti. Che cosa avverrebbe se le commissioni che propongono le leggi non potessero far sì che queste venissero immediatamente discusse, sol perché il Governo tiene a casa la Camera? Inoltre la Camera ha facoltà di aggiornarsi, e quindi la stessa modificazione del regolamento non viene a dare che una configurazione più speciale a questa facoltà di iniziativa della Camera. In questo momento in cui si svolgono avvenimenti nazionali e internazionali per i quali vi è bisogno che la Camera funzioni almeno in potenza, dopo che si è deplorato che si siano verificati avvenimenti senza l'assistenza e il parere della Camera, non dubito che la maggioranza voterà questo articolo aggiuntivo, perché mi pare che esso venga veramente a rendere effettiva la funzione ed il diritto della Camera ed a sancire nel regolamento ciò che lo Statuto consente o almeno non proibisce, senza toccare neppure i privilegi del Senato e del potere esecutivo».

La tesi della compatibilità della proposta con l'articolo 9 dello Statuto, così autorevolmente espressa, non convinse il deputato Cocco-Ortu, secondo cui "la facoltà della proroga renderebbe quasi vana

---

<sup>20</sup> Non può non essere stato presente all'oratore quanto accaduto con i mesi e mesi di chiusura forzata in occasione della decisione della guerra di Libia e poi delle "radiose giornate" del maggio 1915.

<sup>21</sup> L'art. 48 dello Statuto Albertino così recitava:

"Le sessioni del Senato e della Camera dei deputati cominciano e finiscono nello stesso tempo.

Ogni riunione di una Camera fuori del tempo della sessione dell'altra è illegale, e gli atti ne sono interamente nulli".

I corrispondenti articoli della legge costituzionale francese sui rapporti dei poteri pubblici (16 luglio 1875) così recitavano:

"Art. 1, terzo periodo:

[...] La sessione dell'una [*ndr*: Camera] comincia e finisce nello stesso tempo che quella dell'altra [...].

Art. 4

Ogni riunione di una delle due Camere, che fosse tenuta fuori del tempo della sessione comune, è illecita e nulla di pieno diritto, salvo il caso [*ndr*: in cui la Presidenza della Repubblica divenisse vacante e la Camera dei deputati si trovasse sciolta] e quello in cui il Senato è riunito come Corte di giustizia [...]"

<sup>22</sup> Nel discorso conclusivo della campagna elettorale, l'11 ottobre 1919, nella sala del teatro di Dronero.

l'autoconvocazione": egli espresse cioè la visione della componente conservatrice della dottrina, secondo cui non l'aggiornamento, ma la proroga<sup>23</sup> fosse il vero obiettivo della riforma, con ciò andando direttamente ad impattare su di una prerogativa regia<sup>24</sup>; per lui, quindi, la riforma avrebbe dovuto avere natura necessariamente bicamerale, posta per legge (ordinaria, stante il sistema costituzionale flessibile allora vigente, ma sicuramente legge). Lo si desume dalle seguenti, inequivoche parole: "Però al potere esecutivo è data facoltà di convocare la Camera. [...] Ora vi domando se, di fronte a queste considerazioni, dobbiamo oggi in sede di regolamento, senza che ci costringa alcuna improrogabile necessità, disciplinare una norma che in tutti gli Stati è scritta nelle Costituzioni. Si è detto che è una garanzia contro il potere esecutivo, che a suo libito può impedire la riunione della Camera. Ma si dimentica che esso ha il diritto di proroga (*Interruzioni*). Bisognerebbe quindi, a rendere efficace l'autoconvocazione, porre dei limiti anche a questa prerogativa e non si può se non con una legge, con norme che lo regolino come nella Costituzione degli altri Stati"<sup>25</sup>.

L'onorevole Turati difese la sua lettura di compatibilità del nuovo istituto ("qui non è questione dell'articolo 9"), tiepidamente seguito dallo stesso Modigliani: «Non si abolisce nessuna delle facoltà della Corona; che poi, come giustamente si osservava or ora, sono del Governo. Non si tratta di creare un tipo insurrezionale o rivoluzionario di autoconvocazione della Camera, del quale, sia detto fra parentesi, non si può forse nemmeno discutere di fronte a molte delle costituzioni europee, per la semplicissima ragione che in quasi tutte, almeno in quelle democratiche, l'autoconvocazione è la regola, i parlamenti si convocano e si prorogano da sé senza intervento del Governo. Il punto che ora si tratta di decidere si limita ad una specie di prolungamento e di realizzazione più efficace del nuovo ordinamento della Camera che, se non avesse questa appendice, diventerebbe una cosa incompleta». Si approvò quindi l'ordine del giorno Satta-Branca, Pietriboni, Carnazza<sup>26</sup> nella seguente formulazione:

"La Camera afferma la necessità di una disposizione che stabilisca il suo diritto di autoconvocazione, ed

---

<sup>23</sup> Fino al punto di dare del sofista a Turati: "L'onorevole Turati si è indugiato in una affermazione che è nuova testimonianza dell'acuto suo ingegno. Egli ha detto: lo Statuto parla di sessioni e non parla di convocazione della Camera. Ed egli osserva: con la modificazione proposta si tratta non di convocare la sessione, ma di riunire la Camera, e le norme per queste adunanze possono determinarsi nel regolamento. Mi permetta l'onorevole Turati che io gli dica che questa sua opinione è un errore, aggravato in pari tempo da un sofisma; uno di quei sofismi che ricorrono spesso nel Parlamento in occasione di riforme politiche. È un errore, perché è una opinione che non ha fondamento nella lettera dello Statuto. Esso dice che il Re convoca la Camera; e parla della sessione solo relativamente alla proroga della medesima; e dà anche alla Corona il potere di sciogliere la Camera dei deputati. Ma vi è anche l'articolo 48 dello Statuto. Secondo la sua disposizione, nella lettera e nello spirito, le riunioni delle due Camere si vuole che coincidano nel tempo (...). Ora se fosse affermato il diritto dell'autoconvocazione assoluto come è proposto, la Camera dei deputati potrebbe deliberare di fissare le sue sedute anche durante il periodo in cui la sessione fosse prorogata o chiusa. Lo Statuto vuole che nessuno dei tre fattori del potere legislativo, Re, Senato e Camera, funzioni da solo, ma che siano considerati quali parti armoniche di uno stesso organo, cooperanti alle deliberazioni che formano le leggi, sebbene differenziate da prerogative proprie. Questo è lo spirito, questa la parola dello Statuto".

<sup>24</sup> L'art. 9 dello Statuto recitava:

"Il Re convoca in ogni anno le due Camere; può prorogarne le sessioni e disciogliere quella dei deputati, ma in quest'ultimo caso ne convoca un'altra nel termine di quattro mesi.

<sup>25</sup> In effetti, l'autoconvocazione era prevista in una delle leggi costituzionali francesi. Ma non sarebbe mai il caso inglese, proprio per la natura prevalentemente non scritta della relativa Costituzione: una decisione della Camera dei Comuni potrebbe concorrere anche in solitudine a definire una nuova consuetudine costituzionale, proprio perché il diritto di *Common law* non coincide necessariamente con la legge. Lo dimostra la ricognizione della prassi inglese vigente, a pagina 11 del citato [Prorogation of Parliament](#), Graeme Cowie, House of Commons Library, Briefing Paper costituzionale 8589, 11 June 2019: vi si legge che anche durante la proroga della sessione "certain proceedings in Parliament are undertaken as a result of statutory obligations (e.g. the laying in draft of certain statutory instruments)". È quindi sicuramente il caso dell'articolo 3 del [Northern Ireland \(Executive formation etc.\) Act 2019](#), che – dopo aver introdotto un obbligo del governo di riferire al Parlamento ai commi 1 e 2 – così recita ai successivi commi:

"(3) *The motions required under subsections (2)(b) and (c) must be moved in the relevant House by a Minister of the Crown within the period of five calendar days beginning with the end of the day on which the report is laid before Parliament.*

(4) *If, as a result of Parliament standing prorogued or adjourned, a Minister of the Crown cannot comply with the obligations in subsection (2) or (3), a proclamation under the Meeting of Parliament Act 1797 shall require Parliament to meet on a specified day within the period within which compliance with subsection (3) is required and to meet on the five following days (other than Saturdays, Sundays or a day which is a bank holiday in the United Kingdom or in any part of the United Kingdom) to allow for compliance with subsection (3)."*

<sup>26</sup> Satta-Branca dichiarò di accettare l'emendamento Matteotti ("Sostituire al più presto con prima della proroga dei lavori") al suo ordine del giorno.

invita la Giunta del regolamento a presentare le relative proposte prima della proroga dei lavori parlamentari”.

Tornato in Giunta, Modigliani espresse appieno il suo pensiero, senza infingimenti: il problema era proprio/anche di articolo 9 st. alb.: nella seduta della Giunta del regolamento del 31 luglio 1920, egli calò la proposta nello specifico della proroga e della lettura sino ad allora datane dalla prassi. Modigliani parlò addirittura di colpo di stato, nel caso in cui il diritto di proroga o chiusura della sessione fosse esercitato immediatamente dopo che la Camera si fosse autoconvocata<sup>27</sup>. La proposta della Giunta del regolamento<sup>28</sup>, poi, venne discussa dalla Camera nella seconda tornata di venerdì 6 agosto 1920. L’art. 9 della proposta venne approvato senza discussione: il tema si era oramai depositato e ci si soffermò invece sull’art. 10 riguardante più specificamente la convocazione dell’Aula attraverso la richiesta congiunta di un quorum ovvero di cinque commissioni permanenti<sup>29</sup>.

Un’opposizione di ordine costituzionale, ad una misura di così elementare buon senso, mai si sarebbe levata in un ordinamento democratico: in quello successivo alla Marcia su Roma, invece, si scatenarono i fulmini della reazione e, quando il fascismo poté grazie ad una legge elettorale cucinata ad arte per avere la maggioranza, l’istituto appena creato fu oggetto dell’ordine del giorno di revoca proposto nel maggio 1924 da Dino Grandi.

### 3. *La reazione*

Il relatore per la maggioranza fascista alla Camera, deputato Tumedei, così motivava il sostegno della sua parte all’ordine del giorno di Dino Grandi:

“Lo Statuto consente inequivocabilmente al Re di prorogare la sessione. Perciò anche se la Camera decidesse per mezzo o di cinque Commissioni o per mezzo di una maggioranza di riconvocarsi a data fissa, il Re potrebbe sempre, esercitando una sua indiscutibile e inderogabile facoltà statutaria disporre la proroga della sessione e annullare il deliberato della Camera. [...] Altra è la facoltà di sciogliere la Camera, altro è, magari, la facoltà di chiudere la sessione, ed altra è la facoltà di prorogare, esclusivamente prorogare, la sessione. Anche per ciò il diritto di autoconvocazione della Camera deve essere necessariamente cancellato dal nostro sistema.”<sup>30</sup>

L’ordine del giorno a prima firma Grandi fu approvato e, dopo meno di un mese, Giacomo Matteotti fu ucciso e la Camera aggiornò i suoi lavori, mentre Mussolini otteneva una decisiva fiducia da una Camera non elettiva come il Senato del Regno. Dopo meno di sei mesi, impose il bando dei partiti politici ed iniziò la dittatura.

Dato che questa vicenda regolamentare-storica è intersecata da un altro movimento che si è sviluppato in contrasto con essa e che ne ha segnato la fine, non ci si può esimere dall’accennare ai loro rapporti: da un lato l’affermazione piena dei poteri del Parlamento (con il connesso ruolo di impulso del socialismo riformista), dall’altro il fascismo. Quando le oligarchie compresero che l’evoluzione (innescata dal suffragio universale maschile e dalla proporzionale) del sistema liberale verso una compiuta democrazia parlamentare fosse incompatibile con il perpetuare una gestione proprietaria della cosa pubblica, e come fosse oramai precluso il ritorno al sistema politico censitario, decisero di non ostacolare, ma anzi appoggiare e finanziare, un gruppo di eversori del sistema legale. Scardinare la cornice dello stato liberale, allo scopo di garantirsi una forma di

---

<sup>27</sup> *Verbali della Giunta del regolamento*, presso l’Archivio storico della Camera dei deputati.

<sup>28</sup> “Art. 9. Durante gli aggiornamenti della Camera, se un quinto dei componenti di una delle commissioni permanenti ne domandi la convocazione per discutere determinati argomenti, il presidente della commissione provvede che essa sia adunata entro il decimo giorno da quello in cui gli sia pervenuta la richiesta, comunicando ai singoli commissari l’ordine del giorno, in guisa che tra l’avviso di convocazione ed il giorno della riunione decorrano almeno cinque giorni liberi.

art. 10

Quando, durante gli stessi aggiornamenti, cinque commissioni permanenti, convocate secondo le norme dell’articolo precedente, deliberino, a maggioranza assoluta dei deputati rispettivamente iscritti, di chiedere che la Camera sia convocata per discutere determinati argomenti, il Presidente della Camera provvede che essa sia riaperta non oltre il quindicesimo giorno da quello in cui gli sia pervenuta la richiesta, incluso in detto termine il periodo di cinque giorni liberi tra l’invio dell’ordine del giorno per la convocazione ed il giorno della riapertura.

[...]”.

<sup>29</sup> Venne successivamente approvato l’art. 10 e l’emendamento Ruini nel seguente testo:

“Il diritto di autoconvocazione si esercita anche quando la convocazione è richiesta al Presidente dalla metà più uno dei deputati in carica”.

<sup>30</sup> Resoconto stenografico dell’Assemblea della Camera dei deputati del Regno d’Italia, 29 maggio 1924, pagina 43.



controllo sulla popolazione, facendo un uso opportunistico della minaccia massimalista-comunista (con i suoi strombazzati espropri) per tutelare non semplicemente le loro sostanze, bensì le fonti stesse dell'ineguaglianza. Le oligarchie avevano la consapevolezza che, in una liberaldemocrazia (con una politica a volte conservatrice, a volte di riformismo socialdemocratico), non vi sarebbero stati margini per il mantenimento del loro privilegio; ovvero, che tale tutela sarebbe stata di gran lunga più faticosa, macchinosa e dispendiosa di risorse (come la prassi delle avanzate democrazie contemporanee dimostra). Infatti, in una organizzazione della comunità basata sulla rappresentanza politica degli interessi delle distinte classi e ceti (rappresentanza filtrata dalle diverse ideologie politiche), ed in cui la decisione spetta alla maggioranza numerica, sarebbe stato arduo elaborare una ideologia che convincesse i più a fare (anche inconsapevolmente), senza coercizione fisica o morale (caratteristiche dei millenni passati), gli interessi dei pochi detentori della ricchezza. Tanto più arduo in quanto tale ideologia avrebbe dovuto porsi in opposizione diretta al messaggio del socialismo riformista: allargamento della partecipazione politica al fine di (e per mezzo di) una migliore qualità della vita e del lavoro.

Il frastagliato avvicinamento del socialismo riformista al governo democratico, testimoniato dai fatti parlamentari e politici, non si compiva in ritardo sulle lancette della storia, cioè troppo a ridosso dal colpo di stato fascista, ma era l'ultima e decisiva spinta per il processo di reazione che si era innescato anni prima, in risposta a quell'avvicinamento. Proprio quando il socialismo riformista era davvero pronto a partecipare al governo statutario, proprio quando si poteva avviare una politica di trasformazione sociale ed economica del paese, la costruzione di un moderno stato sociale (a ciò sostanzialmente tendevano le modifiche del regolamento parlamentare della Camera elettiva); proprio allora le pressioni delle oligarchie economiche si fecero stringenti intorno al Re, proprio allora la sovversione fascista si presentò come la via di fuga per i poteri oligopolistici dell'industria, del commercio e dell'agricoltura (tanto quella semif feudale, e, tanto di più, quella che si era avviata all'industrializzazione, con il connesso sviluppo della fastidiosa azione sindacale, delle cooperative e delle leghe); proprio allora si decise di sbarrare la strada alla democrazia parlamentare che si istituzionalizzava, si decise di cancellare l'allargamento - in parte già avvenuto - del sistema politico-costituzionale ai più, di impedire le trasformazioni che si sarebbero avviate con gradualità nella società italiana.

Si può provare a trarre degli eventi del 1922 una valutazione teorica circa il ruolo del socialismo riformista (ed in generale di una forza popolare che sappia analizzare scientificamente la società, rendere con ciò consapevole l'elettorato, elaborare - sulla base di questa analisi condivisa - soluzioni perciò stesso condivise) nel sistema politico costituzionale di ogni tempo: esso è elemento e fattore chiave dello sviluppo del «governo libero»; movimento politico e culturale la cui prevalenza (o meno) può segnare l'evoluzione (o la regressione) costituzionale; in altre parole, si potrebbero indicare le direttrici della socialdemocrazia (o popolarismo), come le uniche linee di sviluppo e rafforzamento della liberaldemocrazia<sup>31</sup>.

La democrazia, come qualsiasi tipo di organizzazione istituzionalizzata della società, deve mantenere una divisione (specialistica) ed una gradazione (gerarchica) dei ruoli/funzioni. Ma la specificità democratica, opposta alle autocrazie (i governi non liberi), è quella di postulare che ogni singola generazione possa e debba sviluppare i propri talenti ed attitudini, per partecipare all'edificazione più efficiente della comunità, e con ciò al suo avanzamento generale. La messa in discussione costante di tutte le posizioni sociali (anche dei vertici), basata sul merito e sulle pari opportunità di accesso agli strumenti di crescita culturale, presuppone l'affrancazione dall'indigenza economica, la tutela sanitaria, il diritto/dovere dello studio e del lavoro, la fisiologica soddisfazione dei bisogni (anche sofisticati) dei consumatori (principale molla del sistema economico). Ma questo non è altro che il messaggio politico del socialismo riformista da Turati a Matteotti. È ipotesi infausta per il governo democratico quella in cui ci sia una disuguaglianza oltre le ragioni funzionali all'organizzazione della società (negando, con ciò stesso, benessere e cultura al più largo numero possibile di cittadini, ed eguaglianza delle possibilità di accesso ai vari ruoli/funzioni), e che tali disparità siano mantenute nel passaggio tra le generazioni, senza verificare che si ha di più perché si è più capaci. Infatti, tali ineguaglianze corrompono tanto quei pochi che hanno di più, quanto i molti che hanno di meno. Come la corruzione si annida nei pochi ricchissimi, feudatari svincolati da ogni legge (che elargiscono protezione e sussistenza alla propria cerchia), così attecchisce nei molti, privi di ogni diritto e, soprattutto, della coscienza dei propri diritti e doveri: la servitù si autoalimenta dell'ignoranza e della povertà materiale, e non consente alcun innalzamento spirituale verso la concezione di una struttura comunitaria fondata sull'«adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»<sup>32</sup>.

Ad un tentativo di andare nella direzione della maggiore libertà degli “ordini” (con le riforme del

---

<sup>31</sup> Si citano di seguito, con le virgolette, alcuni concetti desunti dalla lettura dei *Discorsi sopra la Prima decia di Tito Livio* di Machiavelli.

<sup>32</sup> Art. 2 della Costituzione della Repubblica italiana del 1947.

regolamento della Camera dei deputati), è stato risposto, in una società troppo corrotta (per sostenere quegli ordini più “buoni” e “liberi”) giacché troppo ineguale, dalla esigua minoranza (che era troppo ricca e che poteva troppo), direttamente con il passaggio alla tirannia (ovviamente calata in società che aveva assaggiato l’industrializzazione), piuttosto che con un ritorno ai precedenti ordini aristocratici e monarchici<sup>33</sup>. L’annientamento della socialdemocrazia ha quindi portato alla morte del governo libero. Va detto, e questo a maggiore scorno dei pochi pescecani, che, se la corruzione fosse stata estesa fra le masse quanto lo era tra loro stessi, non sarebbe stata necessaria la violenza fascista per instaurare l’autocrazia (nelle elezioni di sangue del 1921, con già ben due anni di sistematica azione squadrista, vi fu comunque uno smacco elettorale per la reazione), ma sarebbe bastato un piccolo colpo di stato per decreto reale.

Al socialismo riformista non si fece esercitare la sua propria concreta azione di trasformazione del paese; la parvenza di governo libero e democratico lasciò il posto ad una forma di stato-governo più apertamente, e senza infingimenti, corrispondente alla corruzione della «materia», che la guerra mondiale acuì aumentando il divario economico tra i pochi ed i molti. Prima della guerra, la forma di governo costituzionale pura era stata ancora sufficiente a contenere la spinta all’allargamento ai più; per via dell’aumentata disegualianza era necessario, a neutralizzare tale spinta, un abito costituzionale di nuova confezione: un’autocrazia che sarebbe diventata modello ed archetipo dei colpi di stato del Ventesimo secolo.

Il socialismo (si chiami pure con un nome diverso, ma che abbia quel metodo indirizzato/indirizzante da/a quei valori) ha ancora qualcosa da dire di decisivo per le sorti delle organizzazioni nazionali ed internazionali della comunità politica: lo dimostra l’utilità di questo precedente storico per fronteggiare le nuove emergenze cui le democrazie sono sottoposte nel XXI secolo.

#### 4. Conclusioni

Matteotti si rivolse ai laburisti inglesi nel viaggio del maggio 1924 in preparazione della prima seduta della Camera eletta con la legge Acerbo. La più recente elaborazione storiografica (Canali, Fasanella) ha ricollegato quel viaggio al “movente affaristico” del delitto, e probabilmente ha colto nel segno; ma il pensiero giuridico non può non interrogarsi sulla coincidenza che vede uno dei padri della riforma regolamentare del 1922 andare alla fonte, la patria del parlamentarismo, declinato in senso evolutivo e democratico dalla versione fabiana del socialismo. Respirare quelle suggestioni, in un momento germinale anche per la democrazia parlamentare britannica, non può non avergli consentito di cogliere tutti i possibili spunti atti a frenare la deriva autoritaria, cui stava pericolosamente penzolando il “biennio legalitario” di Mussolini.

Le possibilità che si aprono, per la vicenda politico-parlamentare di cento anni dopo a Londra, sono varie, tutte necessitando coraggio politico e sicurezza di scienza costituzionale, non limitandosi solamente a riconoscere nel Regno Unito l’esistenza di una norma regolamentare analoga a quella di Matteotti sull’autoconvocazione: soluzione che potrebbe non bastare a consentire al Parlamento di esprimere la propria volontà - in tempo utile - sulla questione Brexit, probabile ragione che ha indotto il premier a tenerlo chiuso.

Il sistema costituzionale-parlamentare britannico potrebbe trovare la soluzione: nella sua stessa prassi; nella sua capacità di innovare creando nuovi precedenti; nella sua legislazione recentissima - [Northern Ireland \(Executive formation etc.\) Act 2019](#), per esempio; nella centralità del ruolo e delle funzioni del Parlamento, indiscusse (dopo la condanna a morte di Carlo I), centralità e prevalenza, anche sulle prerogative del Governo, che il ruolo neutro della Corona si limiterebbe a certificare di fronte ad un potenziale contrasto costituzionale tra perdurante attività parlamentare ed inefficace proroga della sessione.

Tutto ciò può servire anche a rafforzare, per via della evidente comparazione metastorica col vivente ordinamento britannico, la tesi che si limita ad affermare la piena legittimità, nell’ambito dei lavori parlamentari imposti per legge (qui ancora il richiamo al [Northern Ireland Executive formation Act 2019](#)), pur in periodo di proroga della sessione, per i Comuni di essere comunque padroni di una parte della propria agenda e della totalità del proprio calendario. Impregiudicata la tesi maggiore (che vuole comunque il Parlamento - sede della sovranità democratica - sia prevalente, in occasione di un contrasto costituzionale, sul Governo, restando arbitro neutro la Regina), merita dunque tornare all’atto di nascita dell’autoconvocazione, in un sistema parlamentare quale quello del Regno d’Italia, formale copia di quello britannico, in cui era presente la suddivisione per sessioni.

Da esso si desume che una strada di soluzione è possibile e, se si vuole, già disponibile: quella che riconosce legittimità oggi a Londra a ciò che Matteotti tentò, cento anni fa, per tagliare la strada alla dittatura.

---

<sup>33</sup> Le dinamiche del passaggio dalla democrazia degenerata alla tirannia sono analizzate nella *Repubblica* di Platone.

Oreste Pollicino\*

## Corti costituzionali e migrazione di “idee costituzionali” da occidente a oriente. La bussola e una metafora.

SOMMARIO: 1. Gli Scritti di Antonio Ruggeri: la bussola necessaria per non disperdersi nella rete sempre più complessa dei rapporti interordinamentali. – 2. La crisi del ruolo antimaggioritario delle Corti costituzionali dell’Europa centro-orientale. – 3. La migrazione orizzontale delle idee costituzionali. – 4. Lo scenario attuale: crisi europea e venti populistici. – 5. La metafora dell’*European market of constitutional ideas*. – 6. Considerazioni conclusive.

### 1. *Gli Scritti di Antonio Ruggeri: la bussola necessaria per non disperdersi nella rete sempre più complessa dei rapporti interordinamentali*

Sono davvero pochi gli studiosi che, in Italia o all’estero, si sono spesi, come ha fatto e continua a fare Antonio Ruggeri, nell’indagare i rapporti tra ordinamento costituzionale e ordinamenti sovranazionali, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali in prospettiva, per l’appunto, interordinamentale, per un arco temporale così ampio<sup>1</sup>, coniugando originalità e profondità del livello di analisi.

---

\* *Lo scritto è destinato a essere pubblicato in onore di Antonio Ruggeri. Maestro a cui devo molto più rispetto a qualsiasi tentativo, che sarebbe fallimentare, di verbalizzazione della mia immensa gratitudine e ammirazione.*

<sup>1</sup> Si è volutamente tentato di ricostruire il percorso di ricerca in tema di rapporti interordinamentali di Antonio Ruggeri, a partire dal suo primo scritto sul tema nel 1991, fino alla data di consegna di questo scritto. Mai come in questo caso la successione degli scritti è emblematica della capacità di Antonio Ruggeri di guardare sotto diverse prospettive l’identico problema, ma specialmente di precorrere i tempi, indicando la pista che poi sarebbe stata seguita da molti altri. Dote che contraddistingue solo i Maestri. Con pretesa semiseria di esaustività, dunque, si vedano: A. RUGGERI *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. 170/84, in tema di rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla “teoria” della separazione alla “prassi” della integrazione intersistemica?*, in *Giur. cost.*, 1991, 1583 ss. e in F. TERESI (a cura di), *L’Europa del 1993. Problemi istituzionali e socio-economici della integrazione europea*, a cura di F. TERESI, Palermo, 1992, 85 ss.; “Nuovi” diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione, in *Pol. dir.*, 1993, 183 ss, nonché in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 45 ss., e in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, II, Padova, 1995, 605 ss.; *Le leggi regionali contrarie a norme comunitarie autoapplicative al bivio fra “non applicazione” e “incostituzionalità”* (a margine di Corte cost. n. 384/1994), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 469 ss.; *La Corte di Giustizia ed il sindacato su norme costituzionali “irragionevoli” per incompatibilità col diritto comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2000, 772 ss.; *La “forza” della Carta europea dei diritti*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1/2001, 182 ss.; *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss.; *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in G.F. FERRARI (a cura di) *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, 219 ss. e in *Ragion prat.*, 18/2002, 63 ss.; “Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, *tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino, 2003, 505 ss. e in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1/2003, 102 ss.; *Carta Europea dei diritti e integrazione interordinamentale, dal punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale (notazioni introduttive)*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAIITA, G. SILVESTRI (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano-Madrid, 2003, 7 ss.; *Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell’integrazione europea*, in *Ars interpretandi*, 8/2003, 211 ss., nonché in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 7/2003, 373 ss.; *Il doppio volto della Carta di Nizza e la teoria del potere costituente*, in F. FERNÁNDEZ SEGADO (a cura di) *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid, 2003, 317 ss.; *Quale Costituzione per l’Europa?*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1/2004, 150 ss. e in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 8/2004, 455 ss.; “Trattato costituzionale” e prospettive di riordino del sistema delle fonti europee e nazionali, *al bivio tra separazione ed integrazione*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2005, 642 ss. e in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006, 207 ss.; *Le pronunzie della Corte costituzionale come “controlimiti” alle cessioni di sovranità a favore dell’ordinamento comunitario? (A margine di Cons. St., sez. V, n. 4207 del 2005)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2006; *Trattato*

costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici), in S. STAIANO (cur.), *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino 2006, 827 ss., nonché in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); *Costituzione europea, “deformalizzazione” delle dinamiche della normazione e bilanciamenti di ordine assiologico, nella prospettiva della costruzione di un ordinamento “intercostituzionale”*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quad. n. 16, Torino, 2006, 89 ss.; *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2007, in *Scritti in memoria di Fulvio Fenucci*, I, Soveria Mannelli, 2010, 551 ss., nonché con il titolo *I diritti fondamentali tra Carte internazionali e Costituzione (dalla forza delle fonti alle ragioni dell’interpretazione)*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, 146 ss.; *Riconoscimento e tutela “multilivello” dei diritti fondamentali, attraverso le esperienze di normazione e dal punto di vista della teoria della Costituzione*, al sito telematico dell’[AIC](#), nonché con il titolo *La tutela “multilivello” dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Pol. dir.*, 3/2007, 317 ss.; *Riforma del titolo V e giudizi di “comunitarietà” delle leggi*, al sito telematico dell’[AIC](#), 2007, in AA.VV. *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 431 ss., e in *Studi in memoria di G.G. Floridia*, Napoli, 2009, 747 ss.; *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1/2008, 215 ss., nonché in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, al sito telematico dell’[AIC](#), in *Pol. dir.*, 3/2008, 443 ss. e in *Studi in onore di V. Atripaldi*, II, Napoli, 2010, 1687 ss.; *Fonti europee e fonti nazionali al giro di boa di Lisbona: ritorno al passato o avventura nel futuro?*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1/2008, 124 ss., nonché in *Scritti in on. di M. Scudiero*, IV, Napoli, 2008, 2023 ss.; *Il “posto” delle norme internazionali e comunitarie in ambito interno: una questione di punti di vista*, al sito telematico dell’[AIC](#), in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2009 e in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quad. n. 19, Torino, 2009, 131 ss.; *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d’Europa*, in *Teoria dir. e St.*, 2-3/2009, 292 ss., nonché in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, VI, Torino, 2010, 2855 ss.; *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali nella costruzione di un ordinamento “intercostituzionale”*, in [Federalismi.it](#), 9/2009, in *Nuove aut.*, 1/2009, 29 ss. e in G. BARCELLONA e R. DI MARIA (a cura di), *Costituzione e globalizzazione*, Leonforte, 2012, 99 ss.; *Cinque paradossi (... apparenti) in tema di integrazione sovranazionale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2009, 533 ss.; *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, al sito telematico dell’[AIC](#), 2009, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2009 e in *Pol. dir.*, 1/2010, 3 ss.; *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in [Federalismi.it](#), 2009, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2010, 125 ss. e in L. MOCCIA (a cura di), *Diritti fondamentali e Cittadinanza dell’Unione*, Milano, 2010, 89 ss.; *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, al sito telematico dell’[AIC](#), n. 00 del 2 luglio 2010; *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in F. DAL CANTO e E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, 2011, 149 ss., nonché nella Rivista telematica del [Gruppo di Pisa](#), al sito telematico dell’[AIC](#) e al sito telematico del [Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Catania](#); *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un’Europa unita*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2010, 25 ss., nonché in *Dir. Un. Eur.*, 4/2010, 869 ss.; *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO e J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, Torino, 2011, 349 ss., e nella Rivista telematica del [Gruppo di Pisa](#); *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); *La cedevolezza della cosa giudicata all’impatto con la CEDU, dopo la svolta di C. cost. 113/2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in [Rivista AIC](#), 2/2011 e in *Legisl. pen.* 2/2011, 481 ss.; *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in questa [Rivista, Studi, 2011](#), 4 giugno 2011, e in [Diritti Comparati](#); *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d’interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) e in *Quad. cost.*, 3/2011, 709 ss.; *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [Rivista AIC](#), 1/2011; *La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in questa [Rivista, Studi, 2011](#), 7 novembre 2011; in *I Quaderni Europei* dell’Università di Catania; in [Europeanrights.eu](#); in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, IV/2011, 1757 ss.; *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della CEDU (a margine del caso Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) e in [Diritti Comparati](#), 2011; *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell’Unione: risorsa o problema? (Nota minima su una questione controversa)*, in questa [Rivista, Studi, 2011](#), 22 novembre 2011, in [Diritti Comparati](#), e in *Dir. Un. Eur.*, 1/2012, 95 ss.; *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”*, in [Europeanrights.eu](#) e in questa [Rivista, Studi, 2012](#), 21 aprile 2012; *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto*

[dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di \(non\) applicazione diretta della Convenzione \(a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2012](#), 21 maggio 2012, e [Diritti Comparati](#), 24 maggio 2012; [Il Consiglio di Stato e il "metarinvio" pregiudiziale \(a margine di Cons. St. n. 4584 del 2012\)](#), in [Diritti Comparati](#), 16 aprile 2012, e in [Dir. Un. Eur.](#), 1/2012, 95 ss.; [Corti e diritti, in tempi di crisi](#), nella Rivista telematica del [Gruppo di Pisa](#), 26 settembre 2012 e [Dirittifondamentali.it](#); [Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale \("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012\)](#), in [Diritti Comparati](#), 15 ottobre 2012; in questa [Rivista, Studi, 2012](#), 16 ottobre 2012 e [Europeanrights.eu](#), 27 ottobre 2012; [Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio](#), in questa [Rivista, Studi, 2012](#), 17 marzo 2012, e nella Rivista telematica del [Gruppo di Pisa](#), 22 marzo 2012; [Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU \(oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale a tutela dei diritti fondamentali\)](#), in [Rivista AIC](#), 3/2012, nonché in L. CHIARA, F. FORTE, S. GAMBINO, G. MOSCHELLA, P. NAVARRA, W. NOCITO, A. RUGGERI, [Crisi dello Stato, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali](#), Milano, 2013, 131 ss.; [La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale \("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012\)](#), Intervento svolto presso il dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università di Pisa il 13 dicembre 2012, in [Diritti Comparati](#), 14 dicembre 2012; e in questa [Rivista, Studi, 2012](#), 17 dicembre 2012, nonché in [Europeanrights.eu](#), 13 dicembre 2012; [Alla ricerca del retto significato dell'art. 53 della Carta dei diritti dell'Unione \(noterelle a margine delle Conclusioni dell'avv. gen. Y. Bot su una questione d'interpretazione sollevata dal tribunale costituzionale spagnolo\)](#), in [Diritti Comparati](#), 5 ottobre 2012, in [Europeanrights.eu](#), 30 ottobre 2012, e al sito telematico del [Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania](#); [La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" \(nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C399/11, Melloni c. Ministero Fiscale\)](#), in [Diritti Comparati](#), 2 aprile 2013, e, con il titolo [La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato \(a margine della sentenza Melloni\)](#), in [Dir. Un. Eur.](#), 2/2013, 399 ss.; [Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo \(a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan\)](#), in [Diritti Comparati](#), 8 ottobre 2013, in questa [Rivista, Studi, 2013](#), 9 ottobre 2013, e in [Europeanrights.eu](#), 12 ottobre 2013; [CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi" in La giust. pen., 2013-2014, 28 ss. dell'estr.](#); [A proposito dell'ordine giusto col quale vanno esaminate le questioni di costituzionalità e le questioni di "comunitarietà" congiuntamente proposte in via d'azione \(a prima lettura di Corte 48 cost. n. 245 del 2013\)](#), in [Diritti Comparati](#), 5 novembre 2013 e in questa [Rivista, Studi, 2013](#), 6 novembre 2013; [L'"intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"](#), in questa [Rivista, Studi, 2013](#), 30 gennaio 2013; in [Europeanrights.eu](#), e in [Scritti in onore di G. de Vergottini](#), Padova, 2015; ["Dialogo" tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali \(con specifico riguardo alla materia penale e processuale\)](#), in [Dirittifondamentali.it](#), 11 novembre 2013, e, in inglese, in S. RUGGERI (a cura di), [Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty](#), Heidelberg, 2015, 9 ss.; [Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"](#), in [Diritti Comparati](#), 22 ottobre 2013, e in [Rivista AIC](#), 4/2013; ["Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali](#), in [Diritti Comparati](#), 19 novembre 2013, nel sito telematico del [Centro di Documentazione Europea dell'Università di Catania](#) e in [Federalismi.it](#), 24/2013; [Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali \(con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16\)](#), in [Diritti Comparati](#), 3 febbraio 2014, e in [Rivista AIC](#), 1/2014; [Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti \(apparenti...\) tra norme di diritto interno e norme della CEDU](#), in questa [Rivista, Studi, 2014](#), 1 settembre 2014; [L'integrazione europea, attraverso i diritti, e il "valore" della Costituzione](#), in A. CIANCIO (a cura di), [Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa](#), Roma, 2014, nonché in [Federalismi.it](#), 12/2014; [La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria \(a margine di Corte cost. n. 238 del 2014\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2014](#), 17 novembre 2014, e in [Diritti Comparati](#), 18 novembre 2014; [Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive](#), Intervento alle Giornate di studio dall'omonimo titolo, Messina 21-22 novembre 2014, in questa [Rivista, Studi, 2014](#), 24 novembre 2014, nonché in AA.VV., [Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali](#), a cura di L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA, Torino 2015, 1 ss.; [Per un adattamento automatico dell'ordinamento interno ai trattati "eurounitari"](#), in A. CIANCIO (a cura di), [Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa](#), Roma, 2014 e in [Rivista AIC](#), 2/2014; [Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali](#), in [Federalismi.it](#), 18/2014; [Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale \(nota minima a Corte cost. n. 56 del 2015\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2015/I](#), 281 ss.;

*L'interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell'esperienza, gli auspicabili rimedi*, in [Federalismi.it](#), 10/2015, 20 maggio 2015, e in AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. BRONZINI, R. COSIO, Milano 2017, 117 ss., nonché col titolo *La interpretación según et TEDH. Líneas del modelo constitucional, sus variaciones más significativas a lo largo de la experiencia, las soluciones deseadas*, in AA.VV., *Tribunales 44 supranacionales y tribunales nacionales*, 2, Europa, a cura di C. PIZZOLO e L. MEZZETTI, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre 2016, 205 ss.; *Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione*, in [Rivista AIC](#), 2/2015, e in M. DISTEFANO (cur.) *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, Napoli 2017, 65 ss.; *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 931 ss.; *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 aprile 2015, e in [Diritti Comparati](#), 7 aprile 2015; [Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione](#), in questa [Rivista, Studi, 2016/I](#), 114 ss., nonché in E. FALLETTI e V. PICCONE (a cura di), *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, Napoli, 2016, 101 ss.; *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controlimiti")*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 9 aprile 2016, in *Lo Stato*, 6/2016, 47 ss. e in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 19 ss.: *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giornata di studi svoltasi a Messina il 16 ottobre 2015, a cura di L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA, Torino, 2016; [Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?](#), Intervento conclusivo del II Seminario annuale di diritticomparati su *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, Macerata 11 dicembre 2015, in [Diritti Comparati](#), 15 dicembre 2015, e in questa [Rivista, Studi, 2015/III](#), 835 ss., nonché in *La cittadinanza europea, Suppl. al fasc. 1/2016*, Milano, 2016, 267 ss.; *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all'Unione europea e ritorno, ovvero sia circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in [Federalismi.it](#), 11/2016; *Integrazione europea e autonomia regionale: un ossimoro costituzionale?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 30 ottobre 2016, e in [Diritti Regionali](#), 1/2017, 3 novembre 2016, 50 ss.; [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), in questa [Rivista, Studi, 2016/II](#), 263 ss., nella *Rivista telematica del Gruppo di Pisa* e in V. BALDINI (a cura di) *Cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli, 2017, 337 ss.; *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della "europeizzazione" dei controlimiti*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 21 luglio 2016 e in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 473 ss.; [Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa](#), in questa [Rivista, Studi, 2016/III](#), 382 ss.; [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti \(a margine di Corte cost. n. 24 del 2017\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2017/I](#), 81 ss. e in A. BERNARDI e C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017, 393 ss.; *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 ottobre 2017; *Incontri e scontri tra Corte di giustizia e giudici nazionali: quali insegnamenti per il futuro?*, in [Federalismi.it](#), 21/2017, 8 novembre 2017; *Diritto concordatario versus diritto eurounitario: a chi spetta la primauté? (A margine della pronunzia della Corte di Giustizia del 27 giugno 2017, C-74/16, in tema di agevolazioni fiscali per le "attività economiche" della Chiesa)*, in coll. con A. Licastro, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#) 26/2017, 17 luglio 2017; *Crisi economica, dialogo tra le Corti e salvaguardia dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia pensionistica, nonché in Dirittifondamentali.it)*, 1/2017, 30 maggio 2017; *La Corte di giustizia porge un ramoscello di ulivo alla Consulta su Taricco e resta in fiduciosa attesa che legislatore e giudici nazionali si prendano cura degli interessi finanziari dell'Unione (a prima lettura della sentenza della Grande Sezione del 5 dicembre 2017)*, in [Diritti Comparati](#), 3/2017, 11 dicembre 2017; *Dialogo tra le Corti, tutela dei diritti fondamentali ed evoluzione del linguaggio costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 18/2017, 27 settembre 2017; *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in [Diritti Comparati](#), 3/2017, 18 dicembre 2017, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*, in [Diritti Comparati](#), 1/2018, 9 gennaio 2018; *Intervento al forum su La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale*, in [Diritti Comparati](#), 1/2018; *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e due proposte per un ragionevole compromesso*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 1/2018, 15 marzo 2018, 7 ss.; *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in [Osservatorio AIC](#), 1/2018, 5 febbraio 2018; [Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269 del 2017 \(a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/I](#), 82 ss.; *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività*, in V. PICCONE, O. POLLICINO (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, Napoli, 2018, 317 ss., nonché in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 1/2018, 15 ss., e in [Questione Giustizia](#), 16 marzo 2018; [Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta](#)

Sin dai primi lavori di chi scrive in tema di rapporti interordinamentali e, in particolare, con riferimento al c.d. “dialogo”<sup>2</sup> tra Corti costituzionali dei Paesi allora da poco entrati a fare parte dell’Unione e Corti europee<sup>3</sup>, si è sempre cercato di avere quale bussola, strumento di orientamento che sarà ripreso nelle riflessioni finali, uno degli insegnamenti a me più cari di Antonio Ruggeri. Vale a dire il suo invito, ripetutamente e finemente argomentato, di guardare ai rapporti tra ordinamenti attraverso il prisma di una teoria dell’interpretazione secondo valori, andando oltre gli esiti (spesso sterili o comunque non interamente soddisfacenti) derivanti dall’applicazione di una teoria delle fonti di matrice formale ed astratta.

Proprio alla luce di tali insegnamenti, negli scritti prima menzionati, si è cercato di dimostrare, guardando alla giurisprudenza delle Corti costituzionali dei Paesi dell’Europa allora (2004) da poco membri dell’Unione europea, come dette Corti, negli anni immediatamente successivi a tale adesione, nonostante un parametro costituzionale (in cui il binomio indipendenza/sovranità la faceva da padrone<sup>4</sup>) che “remasse contro” possibili aperture alle ragioni dell’allora diritto comunitario, fossero riuscite a fare emergere, interpretando evolutivamente e a volte manipolativamente detto parametro, una interconnessione dialogica tra ordinamenti interni e ordinamento dell’Unione che non sarebbe mai emersa guardando esclusivamente agli esiti derivanti da una mera applicazione della teoria delle fonti.

---

*sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in questa [Rivista, Studi, 2018/I](#), 155 ss.; *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.; [Taricco, amaro finale di partita](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/III](#), 488 ss. *Colpi di fioretto della Corte dell’Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017* (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria), in [Diritti Comparati](#), 3/2018, 8 novembre 2018; *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018; [La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro \(a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/I](#), 113 ss.; [Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/I](#), 34 ss.; [I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l’oscillazione del pendolo](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/I](#), 157 ss.; *Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*, in [Diritti Comparati](#), 2/2019; [Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali \(a margine di Corte cost. n. 117 del 2019\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/II](#), 242 ss.; *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 2/2019; *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della corte costituzionale*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2019.

<sup>2</sup> Come è stato più volte ribadito da chi scrive, se si riescono infatti a individuare oggi indizi precisi e concordanti per rilevare l’esistenza di un dialogo tra le Corti, ciò si deve, a ben vedere, alla reazione da parte di una o più Corti a una preesistente mancanza di coordinamento o al rischio di collisione tra il livello nazionale e quello sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali, e non all’intento, che sarebbe peraltro assai velleitario, di Corti appartenenti a differenti ma interconnessi ordini giuridici di costruire una *harmonia caelestis* tra giudici. In altre parole le Corti, oggi più che mai, occupano una posizione privilegiata, all’interno dei rispettivi ordinamenti, per identificare i rischi di collisione di portata costituzionale tra gli stessi, e conseguentemente per intervenire, appunto attraverso il dialogo, al fine di migliorare la qualità della interazione tra ordinamenti interconnessi ma non gerarchicamente ordinati. Per tali ragioni il coinvolgimento dei giudici, unità di interconnessione e cinghie di trasmissione tra tali sistemi giuridici, è in genere, almeno in partenza, frutto di una reazione (piuttosto che un’azione spontanea) a un problema interordinamentale preesistente cui si cerca di porre rimedio. Ma se così è, allora il dialogo tra giudici in Europa, caratterizzato, come si è detto, *ab origine*, da una logica di reazione per molti versi “difensivistica”, è in grado di acquistare, nel suo sviluppo, una connotazione promozionale e prescrittiva, nel senso che esso favorisce la partecipazione dei vari giudici coinvolti al progetto della costruzione o del consolidamento di un ordinamento giuridico europeo effettivamente di stampo pluralistico. Ed è appunto in tale scenario che emerge la funzione materialmente “costituzionale” delle Corti in Europa, siano esse nazionali o sovranazionali: la possibilità cioè che esse hanno di creare *ex post* quelle regole non fissate (o mal fissate) *ex ante* per la risoluzione di conflitti tra sistemi giuridici interdipendenti ma non gerarchicamente composti.

<sup>3</sup> O. POLLICINO, *Dall’Est una lezione sui rapporti tra diritto costituzionale e diritto comunitario*, in *Dir. Un, Eur.*, 2006, 819 ss.

<sup>4</sup> Si il binomio sovranità-indipendenza ricorre praticamente in tutti i testi delle 10 Costituzioni dei Paesi dell’est protagonisti dei due allargamenti del 2004 e del 2006 in misura quasi ossessiva, evidente reazione alla perdita sostanziale sia dell’una che dell’altra durante il periodo dell’assoggettamento al regime sovietico o alla rottura di entità statali (o federali) preesistenti.

## 2. La crisi del ruolo antimaggioritario delle Corti costituzionali dell'Europa centro-orientale

A quasi 20 anni dal grande allargamento a est del 2004, più di qualcosa è cambiato, in particolare, a Budapest e a Varsavia. È noto e preoccupante il processo di regressione democratica che sta caratterizzando Ungheria e Polonia, specialmente a causa della perdurante presenza di governi populistici, sovranisti e a vocazione xenofoba. Processo che, come si sa, ha anche causato la reazione dell'Unione europea e il ricorso, per la prima volta, alla procedura prevista dall'art. 7 TUE nonché l'adozione da parte della Corte di giustizia di decisioni assai rilevanti<sup>5</sup>.

In uno degli articoli più influenti sui recenti studi da parte di scienziati politici e giuristi sulla crisi della *rule of law*, Kim Lane Scheppele ha indicato l'indebolimento dei vincoli e dei controlli sul potere dell'esecutivo come una delle caratteristiche proprie di quelle esperienze che tratteggia come *autocratic legalism*<sup>6</sup>. Questa etichetta, nell'opera di Scheppele, descrive la casistica in cui l'uso del mandato elettorale, con il tramite di una serie di modifiche legislative e costituzionali, è messo al servizio di un'agenda illiberale. Qui, come si è sostenuto altrove<sup>7</sup>, l'attacco all'ordinamento costituzionale si nutre e si svolge tramite gli strumenti da questo stesso previsti. Il diritto, infatti, come sostenuto da Javier Corrales, primo autore a coniare questa formula – riferendosi all'esperienza venezuelana di Maduro, diviene strumento di consolidamento del potere anziché di contenimento dello stesso. Per suo tramite, infatti, si confeziona l'attacco ai tradizionali presidi e istituzioni di controllo sul potere, tra cui figurano il sistema dei media, la legislazione elettorale, gli organi depositari del potere giurisdizionale.

Così, uno degli elementi distintivi dell'*autocratic legalism*, di cui Scheppele individua l'archetipo nello Stato ungherese, corrisponde al *court packing*, ossia la tendenza a includere giudici di propria fiducia in seno agli organi giurisdizionali che occupano un ruolo nevralgico nell'architettura democratica, come le Corti supreme o costituzionali. Un'operazione che svuota completamente del requisito di indipendenza gli organi giudicanti, asservendone le mansioni al rafforzamento dell'esecutivo e quindi stravolgendone la natura di presidio a controllo degli altri poteri. Un risultato, questo, che, da un lato, viene conseguito tramite modalità “democratiche”, vale a dire tramite l'approvazione di misure formalmente e sostanzialmente legittime, sostenute, in genere, da maggioranze molto robuste; e che, dall'altro lato, non si mostra mai a “volto scoperto”, essendo raggiunto per il tramite di artifici che rendono subdolo il modo in cui l'indipendenza del potere giudiziario viene insidiata. E che, da ultimo, viene difeso dietro lo scudo della legittimazione popolare di cui godono le forze titolari del potere politico.

Soltanto se le Corti sono in grado di agire come contropotenza (rigorosamente limitata al rispetto della legalità) rispetto a queste deviazioni da parte del potere, la *rule of law* può dirsi pienamente tutelata. Di qui l'importanza, tra le altre, dell'indipendenza, che colloca il potere giudiziario al riparo da ogni possibile interferenza della politica che finirebbe inevitabilmente per svuotarne la missione, piegandone il mandato al soddisfacimento delle stesse pulsioni che il potere estemporaneamente persegue<sup>8</sup>.

A fronte delle recenti difficoltà nel panorama europeo, foriere di un sostanziale annichilimento del potere giudiziario, non è un caso che a prendersi cura di verificare il rispetto del requisito di indipendenza siano stati anche attori “esterni”, come la Commissione di Venezia e, soprattutto, l'Unione europea, pur nel rispettivo ambito di competenza. Di fronte a un sostanziale annullamento dello iato tra potere legislativo ed esecutivo, da un lato, e potere giudiziario, dall'altro, consumatosi in alcune esperienze, infatti, non è rimasto che alle istituzioni dell'Unione attivare i meccanismi, a

<sup>5</sup> CGUE, sent. 25/07/2018, LM, C-216/18; nello stesso filone si vedano anche CGUE sent. 27/05/2019 OG e PI, C-508/18 e PPU, C-82/19; sent. 27/05/2019, PF, C-509/18.

<sup>6</sup> K. L. SCHEPPELE, *Autocratic Legalism*, in *The University of Chicago Law Review*, 2018 85, 545 ss.

<sup>7</sup> Si veda l'introduzione al volume G. PITRUZZELLA O. POLLICINO, G. PITRUZZELLA, M. BASSINI (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019.

<sup>8</sup> Si vedano i contributi nel volume O. POLLICINO, G. PITRUZZELLA, M. BASSINI, *op. cit.*



loro volta sia di natura politica sia di natura giuridica, volti ad assicurare il rispetto della *rule of law*. Naturalmente, l'intervento di questi agenti esterni non può che essere guardato con sospetto da parte dei detentori del potere politico, che di sovente imputano loro – trattandosi di attori che si muovono al di fuori del perimetro del concetto di stato e del rispettivo popolo – lo stesso vizio che affliggerebbe la magistratura, ossia la carenza di una legittimazione del popolo sovrano. È in queste reazioni emotive che si coglie il rischio di un possibile spostamento dal *legal constitutionalism* al *political constitutionalism*<sup>9</sup>.

Queste costruzioni concettuali, peraltro, come si avrà modo di accennare, rischiano di essere alimentate da letture che sembrano collocare erroneamente costituzionalismo e populismo in simmetrica antitesi<sup>10</sup>, comuni ad alcune recenti elaborazioni anche negli Stati Uniti. Tali interpretazioni rischiano di lasciare per strada la reale complessità di questi fenomeni, e di creare una visione riduzionistica della narrativa populista che, proprio perché radicalmente contrapposta a quella del diritto costituzionale, finisce per essere cavalcata dai fautori di movimenti populistici.

L'Unione europea gioca oggi un ruolo di fondamentale importanza nel preservare il nucleo della *rule of law*. Il suo diritto è denso di riferimenti a questo principio, così come ai requisiti che presidiano il virtuoso e indisturbato esercizio della funzione giurisdizionale. L'indipendenza delle Corti si può variamente ricondurre sotto il cappello di parametri diversi. Due su tutti appaiono i riferimenti che giocano un ruolo cruciale e da cui dipendono i rimedi esperibili sul piano politico e giuridico. In primo luogo, l'art. 2 TUE indica, fra gli altri, nella *rule of law* uno dei valori fondativi dell'Unione comuni agli Stati membri e propri di una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini. Il secondo riferimento è rappresentato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che tutela il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, riflettendo il contenuto dell'art. 19, par. 1, del TUE. A dispetto della rubrica, il par. 2 dell'art. 47 menziona espressamente e separatamente indipendenza e imparzialità come predicati necessari del giudice, che dev'essere altresì preconstituito per legge.

Inquadrare le norme che, a livello del diritto dell'Unione, fungono da presidio a salvaguardia dell'indipendenza degli organi che esercitano il potere giudiziario è operazione che consente di cogliere la diversa prospettiva nella quale agiscono i vari rimedi disponibili per contrastare le derive illiberali che hanno caratterizzato alcuni dei Paesi dell'Europa centro orientale negli ultimi anni.

### 3. La migrazione orizzontale delle idee costituzionali

Fatta emergere in questo modo la cornice rilevante all'interno della quale contestualizzare i temi oggetto di indagine, deve adesso precisarsi che, in questa sede, non ci si vuole concentrare sui già ampiamente analizzati rapporti interordinamentali di natura “verticale” tra corti europee e corti dell'est<sup>11</sup>, ma su quella modalità di interazione di natura orizzontale che interconnette in modo sempre più sistemico (anche se chiaramente più informale rispetto alla procedura del rinvio pregiudiziale che caratterizza la forma di canale dialogico di natura istituzionale tra corti nazionali e Corte di giustizia) le corti costituzionali in Europa. Come infatti è stato recentemente affermato da Joseph Weiler, sta emergendo un «*increasing reference to comparative constitutional decisions by national courts sometimes titled “trans-judicial dialogue,” a form of legal transplantation or “migration” of constitutional ideas*»<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> P. BLOKKER, *From legal to political constitutionalism?*, in *verfassungsblog.de*, 4 giugno 2017.

<sup>10</sup> G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, 2011.

<sup>11</sup> O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee*, Milano, 2010.

<sup>12</sup> D. LUSTIG, J.H. H. WEILER, *Judicial review in the contemporary world—Retrospective and prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2018, 16, 2, 315 ss.

Prima di sviluppare compiutamente la tesi di questo scritto, in forza della quale tale migrazione di “*constitutional ideas*” di natura orizzontale oggi rischia, con particolare riguardo alla migrazione da ovest verso est di alcune di tali idee (come quella, ancor su cui ci si concentrerà in seguito, relativa al concetto di identità costituzionale), che le Corti dell’Europa centro-orientale, sempre meno indipendenti e sempre più portavoci della volontà della maggioranza, si appropriino in modo indebito di alcune tecniche argomentative utilizzate dalle Corti dell’ovest, manipolandone a loro uso e consumo il portato, sembra necessaria una riflessione preliminare volta a indagare le ragioni dell’amplificazione, nell’ultimo decennio, di tale forma di interazione orizzontale o, nelle parole prima evocate di Weiler, di “*trans-judicial dialogue*”.

Più precisamente si è dell’avviso che, al fine di fare emergere al meglio le ragioni di tale amplificazione, può essere utile ricordare il portato di “riflessioni scelte” da parte di alcuni tra i più acuti osservatori delle dinamiche di europeizzazione e globalizzazione dei modelli classici di giustizia costituzionale, per poi chiedersi se tale portato possa considerarsi ancora attuale o se invece qualcosa possa essersi considerato cambiato al riguardo. E, nel caso di risposta affermativa, che cosa.

Con particolare riferimento ai rapporti tra ordinamenti nazionali degli Stati membri e Corte di giustizia, come chiarito da Mauro Cappelletti: «*unlike the American Supreme Court and the European constitutional courts, the ECJ has almost no powers that are not ultimately derived from its own prestige, [and the] intellectual and moral force of its opinions*». <sup>13</sup> O, secondo Giuseppe Federico Mancini, «*the Luxembourg Judges have been able to develop a judicial style which explains how it declares the law*». <sup>14</sup> Come osservato da Joseph Weiler, «*the constitutional ingredient which shapes the European legal order’s uniqueness is a distinctive element; that is, that “constitutional actors in the Member States accept the European Constitutional discipline not because as a matter of legal doctrine [...] They accept it as an autonomous voluntary act endlessly renewed by each instance of subordination*» <sup>15</sup>.

Quelle appena evocate sono prospettive differenti e dunque certamente non sovrapponibili. Ciononostante, sembra potersi rintracciare un denominatore comune tra il portato delle riflessioni appena ricordate. E quest’ultimo appare risiedere nella convinzione condivisa, e al tempo in cui i tre Autori citati scrivevano certamente fondata, per cui, a differenza della Corte di giustizia dell’Unione (e si potrebbe aggiungere della Corte europea dei diritti dell’uomo), le Corti costituzionali possano fare valere un obbligo costituzionalmente sancito all’obbedienza delle loro decisioni da parte dei consociati e degli interlocutori istituzionali. Le Corti europee, al contrario, potrebbero contare esclusivamente, soltanto apparentemente in via paradossale, su una forma di “obbedienza volontaria” da parte delle Corti costituzionali, in forza di quel principio, evocato da Weiler, e prima ricordato, di “tolleranza costituzionale”. Tolleranza che va ovviamente alimentata, come ricorda Federico Mancini nella citazione prima richiamata, attraverso uno stile argomentativo, quello che ha caratterizzato effettivamente la *golden age* della Corte di giustizia dello stesso Mancini, in grado di avere anche una funzione pedagogica nei confronti dei giudici comuni degli Stati membri. Giudici con cui la Corte di giustizia, proprio grazie a uno stile argomentativo in cui la capacità di essere persuasivi e convincenti era l’ingrediente principale, è riuscita a creare quelle basi di cooperazione e complicità necessarie affinché uno strumento innovativo come quello del rinvio pregiudiziale diventasse il canale privilegiato di dialogo tra i giudici nazionali, specie quelli non di ultima istanza, e i giudici di Lussemburgo.

Quindi, in sintesi, mentre le Corti europee potrebbero contare esclusivamente su autorevolezza, prestigio e persuasività delle loro argomentazioni, le Corti costituzionali avrebbero invece dalla loro

<sup>13</sup> See M. CAPPELLETTI, D. GOLAY, *Judicial Branch in the Federal and Transnational Union*, in M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H.H. Weiler (a cura di), *Integration Through Law*, Berlino, 1986, 333.

<sup>14</sup> G.F. MANCINI, *Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1990, 30, 233 ss.

<sup>15</sup> J.H.H. WEILER, *Federalism and Constitutionalism: Europe’s Sonderweg*, in *Harvard Jean Monnet Paper*, 2000.

la possibilità di poter fare leva sull'autorità del loro giudicato e sul vincolo di obbedienza che ne consegue.

#### 4. *Lo scenario attuale: crisi europea e venti populistici*

La domanda, a questo punto dell'analisi che si sta provando a fare, nasce quasi spontanea: qualcosa è cambiato rispetto allo scenario che si è fatto emergere? O, in altre parole, la differenza, che rispecchiava fedelmente lo *status quo* nel periodo in cui gli studiosi richiamati scrivevano, tra l'armamentario a disposizione delle Corti europee e quello, assai più robusto e efficace, in mano alle Corti costituzionali, riflette altrettanto fedelmente lo scenario attuale del costituzionalismo europeo?

La risposta sembra dover essere di segno negativo.

Qualcosa è effettivamente cambiato. E non nel senso per cui anche le Corti europee oggi avrebbero guadagnato il "super-potere" dell'autorità e del vincolo all'obbedienza, ma in senso parzialmente opposto. Vale a dire, a differenza di qualche decennio fa, oggi le Corti costituzionali non sembrano più poter contare esclusivamente su tale vincolo perché, nel sempre più comune *European free marketplace of constitutional ideas* (metafora che si riprenderà più avanti), e nel contesto di quel canale orizzontale di interazione tra Corti che prima si evocava, solo "le voci" delle Corti costituzionali più autorevoli, più persuasive e più influenti sembrano in grado di influenzare gli orientamenti della giurisprudenza costituzionale di altre Corti, quindi al di là di qualsiasi vincolo all'obbedienza.

Questo è vero, in particolare modo, per quelle Corti che ambiscono a giocare un ruolo di "influencer" di primo piano nella nuova stagione, piuttosto conflittuale<sup>16</sup> a dire il vero, del costituzionalismo europeo.

A questo riguardo, non vi è dubbio che le Corti costituzionali di Karlsruhe e Roma occupano una posizione privilegiata (dominante?) nel mercato europeo delle "idee costituzionali", proprio per la capacità di poter giocare un'influenza assai significativa nei confronti della giurisprudenza delle Corti costituzionali d'Europa, specie dell'Europa centro-orientale. Quest'ultime, infatti, non di rado e non solo di recente, hanno guardato a ovest, specialmente a dire il vero a Karlsruhe, ma anche a Roma, quando hanno dovuto prendere una posizione riguardo ai rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamento interno.

Basti pensare a quando la Corte costituzionale ceca, all'inizio del 2012, nel caso delle c.d. pensioni slovacche<sup>17</sup>, rifacendosi alla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca in tema di atti *ultra vires*<sup>18</sup> dell'Unione, ha di fatto dichiarato ciò che era stato in realtà soltanto minacciato da detta Corte, ovvero la possibilità che una fonte di produzione eurounitaria<sup>19</sup>, nel caso di specie una decisione della Corte di giustizia, avesse esulato i limiti delle competenze assegnate alle istituzioni dell'UE dai trattati istitutivi e, quindi, non dovesse avere riconosciuta alcuna rilevanza domestica.

Così, con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e nel contesto, nell'ambito del Consiglio d'Europa, dell'applicazione della CEDU, la Corte costituzionale russa<sup>20</sup> in una delle decisioni in cui ha sfidato apertamente la Corte europea dei diritti dell'uomo, esplicitamente rivendicando il diritto a non conformarsi al portato della giurisprudenza di quest'ultima, ha fatto riferimento al precedente della Corte costituzionale italiana (n. 264/2012) in cui, di fatto, i controlimiti sono stati applicati nei confronti della CEDU.

---

<sup>16</sup> G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham/Northampton, 2012.

<sup>17</sup> Corte costituzionale ceca, sent. 31/1/2012, (Pl. ÚS 5/12).

<sup>18</sup> Si veda, in particolare, Corte costituzionale tedesca, sent. 12/10/1993 BVerfGE 89, 155.

<sup>19</sup> Termine coniato da Ruggeri e ormai comunemente in voga anche nella giurisprudenza rilevante delle Corti nazionali e invalso di recente anche nel linguaggio istituzionale.

<sup>20</sup> Corte costituzionale russa, sent. 19/4/2016.

Il rischio che si è adombrato di essere considerati “cattivi maestri” da parte delle corti costituzionali dell’ovest in riferimento alla possibilità che corti dell’est possano appropriarsi, manipolandone e estremizzandone la portata di patriottismo costituzionale, di alcune argomentazioni utilizzate dalle prime al fine di identificare argini all’intrusività domestica del processo di integrazione europea, sembra oggi ulteriormente amplificarsi nella stagione attuale del costituzionalismo europeo alla prova dei venti sovranisti (non soltanto provenienti da est a dire il vero) e alle prese con una crisi del modello di democrazia liberale<sup>21</sup>.

Questo perché, ciò che caratterizza il linguaggio populista, specialmente nel contesto di ordinamenti in cui la *rule of law* è a serio rischio, come i paesi dell’Europa dell’est cui prima si è fatto riferimento, è la capacità di nutrirsi, in modo parassitario, di argomenti e categorie del diritto costituzionale, manipolandole e distorcendole a proprio uso e consumo<sup>22</sup>. E, insieme a sovranità e popolo, uno dei concetti del diritto pubblico più a rischio di manipolazione e distorsione della narrativa populistica nel contesto di un processo di regressione del modello di democrazia liberale, vi è proprio l’identità costituzionale.

Il caso ungherese, da questo punto di vista, è davvero emblematico. Si è parlato di “*abuse of constitutional identity*”<sup>23</sup> a proposito di una decisione della Corte costituzionale di Budapest<sup>24</sup> del dicembre 2016 che ha, di fatto, contrabbandato la volontà del governo di Orban di rifiutare la proposta di allocazione dei rifugiati adottata dall’Unione europea per uno degli ingredienti alla base di quella identità nazionale che, ai sensi dell’art. 4, par. 2 TUE, l’Unione europea ha l’obbligo di rispettare. Ed è questo il punto che qui è particolarmente rilevante. Nel suo argomentare la Corte costituzionale ungherese ha di fatto ammesso di essersi ispirata, ovviamente manipolandone il portato, alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco che, da Lisbon Urteil<sup>25</sup> in poi<sup>26</sup>, ha rimodulato la strategia argomentativa dei controlimiti, concentrandosi sul c.d. *identity test*<sup>27</sup>. Vale a dire, per l’appunto, a quella valutazione ai sensi del quale la *primacy* del diritto dell’Unione europea dovrà in ogni caso arrestarsi di fronte a quegli elementi che costituiscono il nucleo duro dell’identità costituzionale dell’ordinamento tedesco.

Il caso ungherese, seppure emblematico, non è isolato nel contesto di quella migrazione di “*constitutional ideas*” prima evocata, in questo caso con specifico riferimento al concetto di identità costituzionale. Più recentemente, nel 2018, la Corte costituzionale rumena ha utilizzato argomentazioni non dissimili con riferimento all’interpretazione da attribuire al trattato di adesione all’Unione europea<sup>28</sup>.

### 5. La metafora dell’European market of constitutional ideas

In questo quadro, quale potrebbe essere la metafora<sup>29</sup> che meglio è in grado di catturare, avendo in mente quella sottile linea rossa che differenzia l’uso, da una parte, e l’abuso, dall’altra, del concetto di identità costituzionale, quell’idea di particolare responsabilità gravante sulle corti costituzionali

<sup>21</sup> O. POLLICINO, G. PITRUZZELLA, M. BASSINI, *op. cit.*

<sup>22</sup> T. FORUNIER, *From rhetoric to action, a constitutional analysis of populism*, in *German Law Journal*, 2019, 20, 3, 362 ss.

<sup>23</sup> G. HALMAI, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E) of the Fundamental Law*, in *Review of Central and East European Law*, 2018, 222 ss.

<sup>24</sup> Corte costituzionale ungherese, sent. n. 22/2016 (XII.5).

<sup>25</sup> Corte costituzionale tedesca, sent. 30/06/2009 2 BvE 2/08.

<sup>26</sup> Si veda, in particolare, Corte costituzionale tedesca, sent. 21/06/2016 2 BvR 2728/13.

<sup>27</sup> F. FABBRINI, O. POLLICINO, *Constitutional Identity in Italy: Institutional Disagreements at a Time of Political Change*, in E. van der Schyff, D. L. Callies (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2019.

<sup>28</sup> Corte costituzionale rumena, sent. 104/2018

<sup>29</sup> A. MORELLI, O. POLLICINO, *Metaphors and Judicial Frame in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, forthcoming, 2020.

più ascoltate e influenti d'Europa? La domanda appena formulata muove del presupposto, ben evidenziato degli esiti delle ricerche degli scienziati del linguaggio, che attribuisce alla metafora una valenza costitutiva nel linguaggio (e non, in contrapposizione con alcune tesi più tradizionali, solo accessoria o ornamentale). Il riferimento è ovviamente a George Lakoff e alla sua convinzione in forza della quale «*metaphor is not act of description, it is a way of conceptualization*»<sup>30</sup>.

Secondo tale prospettiva, la metafora è una forma di pensiero che detiene il potere di strutturare la nostra percezione allo scopo di essere in grado di effettuare operazioni concettuali di trasferimento da un prototipo familiare a uno meno familiare. In fondo, la metafora, quasi geneticamente, e sicuramente etimologicamente, ha in sé quel *meta-pherein*, trasferire “oltre”, attraverso campi di esperienza diversi, e implica, per dirla con Winter<sup>31</sup>, quel processo di «*carry over, transfer knowledge across domain*». Per questo ogni metafora ha un ambito di provenienza e uno di destinazione, in modo che possa operare quel processo di migrazione di un prototipo concettuale dal suo ambito naturale (familiare) di provenienza a uno di destinazione, che non gli è familiare. Nelle parole di Lakoff, «*every metaphor has a “source domain”, a “target domain” and “source-to-target mapping”*».<sup>32</sup>

Ora, spostandosi dal campo degli studi cognitivi del linguaggio a quelli relativi al diritto costituzionale europeo, a me pare che la metafora più appropriata in grado di consentire quell'operazione concettuale di trasferimento da un prototipo familiare a uno meno familiare di cui si è detto, e quindi catturare lo scenario che si è cercato di descrivere, sia quella (dell'abuso) di posizione dominante nel *marketplace* delle idee costituzionali in Europa. Evidentemente la metafora che qui si suggerisce si ispira a quella leggendaria del “*free market place of ideas*” per la prima volta proposta da Oliver Wendell Holmes nella sua altrettanto leggendaria *dissenting opinion* in *Abrams*<sup>33</sup>. La metafora di Holmes ha il suo ambito di provenienza, quello che prima si è definito *source domain*, nell'ambito della concorrenza, facendo riferimento a una situazione di libero mercato affetta da posizioni di oligopolio o monopolio, e il suo campo di destinazione, *target domain* in riferimento agli elementi definitivi emersi in precedenza, nell'ambito di esperienza relativo alla tutela del pluralismo.

Ebbene, proprio il riferimento al diritto antitrust e un suo parallelismo con il diritto costituzionale europeo sembra in grado di poter giustificare l'elaborazione, a proposito dell'uso (e abuso) del concetto di identità costituzionale, della metafora di (abuso) di posizione dominante in the “*European market of constitutional ideas*” che sarebbe detenuta, appunto, dalle Corti Costituzionali italiana e tedesca.

Per poter consentire una maggiore comprensione della metafora proposta, è fondamentale partire per l'appunto dal *source domain*, ambito di provenienza, della metafora, vale a dire, dalla nozione di posizione dominante e di abuso della stessa, così come viventi nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Già nel 1979<sup>34</sup>, i giudici di Lussemburgo avevano definito la posizione dominante come «una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori». A proposito, invece, del concetto di abuso, la Corte ha specificato nella stessa che il concetto di abuso è una nozione oggettiva che riguarda il comportamento dell'impresa dominante idoneo a *influenzare* la struttura del mercato. L'intento dell'impresa non rileva ai fini della configurazione dell'abuso, ma solo l'effetto, vale a dire l'impatto oggettivo, per così dire, sulla struttura del mercato. Quando si andrà a riflettere sull'ambito di destinazione della metafora, vedremo come la non rilevanza dell'intento da parte di chi detiene la posizione dominante

<sup>30</sup> G. LAKOFF, M. JOHNSON, *Philosophy in the Flesh: the Embodied Mind & its Challenge to Western Thought*, New Yorks, 1999, 4.

<sup>31</sup> S. L. WINTER, *A clearing in the forest. Law, life and Mind*, Chicago, 2001.

<sup>32</sup> G. LAKOFF, M. JOHNSON, *op. cit.*

<sup>33</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

<sup>34</sup> Corte di giustizia, sent. 13/2/1979, Case 85/76.

ai fini della configurazione dell'abuso sarà cruciale. La Corte di giustizia ha anche aggiunto<sup>35</sup> che la posizione dominante non è problematica per il diritto antitrust, ma, a causa della prima evocata capacità di esercitare quell'influenza sulla struttura del mercato prima evocata, essa impone alle imprese che ne sono detentrici una speciale responsabilità, che invece non grava sulle altre, pena l'abuso.

Assecondando adesso il processo di migrazione proprio del carattere costitutivo della metafora, prima evocata, di passaggio o transizione da un *source domain* a un *target domain*, gli elementi caratterizzanti dell'abuso di posizione dominante all'interno del mercato di natura economica possono essere traslati in quel particolare mercato che si è voluto definire delle idee costituzionali. Più precisamente, in tale mercato, protagonisti non saranno ovviamente le imprese in posizione dominante, ma le Corti costituzionali che, come quella tedesca o italiana, sono in grado, per la loro capacità di influenza e di condizionamento sulla struttura dello stesso mercato, di avere un impatto sull'impianto argomentativo di Corti che, in tempi di una regressione democratica che sta caratterizzando molta parte (non solo) dell'Europa, sono sempre meno indipendenti e sempre meno in grado di giocare quel ruolo di potere contromaggioritario al fine di limitare il potere politico. Evidentemente si sta innanzitutto pensando alle Corti dell'Europa centro orientale prima evocate.

In questo quadro, all'interno della visione metaforica proposta, come le Corti costituzionali di Roma e Karlsruhe stanno utilizzando la loro posizione dominante nel mercato delle idee costituzionali, con particolare riferimento all'uso e (all'abuso) del concetto di identità costituzionale? Stanno abusando di tale posizione dominante? O, fuor di metafora, cosa stanno facendo i giudici costituzionali tedeschi e italiani per evitare di poter essere bollati quali "cattivi maestri", con riguardo alla importazione, a forte trazione manipolativa da parte delle Corti costituzionali dell'est, di concetti, quale quello di identità costituzionale, che gli stessi giudici di Roma e Karlsruhe utilizzano, anche senza alcun intento di voler influenzare quel mercato delle idee, nella loro giurisprudenza?

Per potere rispondere a tale domanda bisogna nuovamente trarre ispirazioni da alcune categorie proprie degli studiosi del linguaggio, assai collegati a quanto fino adesso fatto emergere in tema di linguaggio metaforico. In questo quadro, è per noi assai utile, in particolare, il concetto di *frame* proposto da Lakoff, in cui si contestualizza un utilizzo costitutivo della metafora in forza del quale quest'ultima costituisce punto focale di un contesto che ne costituisce l'indispensabile cornice.

L'utilità ai nostri fini della nozione di *frame* è evidente: trasferendo tale concetto dall'ambito della teoria del linguaggio e delle scienze cognitive a quello delle teorie dell'interpretazione e dell'argomentazione, e quindi individuando come sottocategoria del *frame* il *judicial frame*, è possibile fare emergere quali opzioni valoriali di base facciano da cornice all'utilizzo di una specifica metafora da parte delle Corti e costituiscano il fondamento di una determinata operazione di *judicial balancing*<sup>36</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

Fatte tali precisazioni, la domanda da porsi è se il *frame* relativo all'amplificazione dell'identità costituzionale sia effettivamente quello dominante nella giurisprudenza delle due Corti di Roma e Karlsruhe. Per quanto riguarda la Corte costituzionale tedesca, la risposta sembra dover essere affermativa. Seppur con differenti accenti, anche nel post *Lissabon Urteil*<sup>37</sup>, i giudici teutonici hanno infatti mantenuto centrale nell'impianto argomentativo della loro giurisprudenza la protezione dell'identità costituzionale quale limite all'accettazione della primazia del diritto dell'Unione europea.

<sup>35</sup> Corte di giustizia, sent. 9/11/1983, Case 322/81.

<sup>36</sup> A. MORELLI, O. POLLICINO, *Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, forthcoming 2020.

<sup>37</sup> Corte costituzionale tedesca, sent. 2 BvR 2728/13, par. 29; 2 BvR 2735/14, par. 44.

Al contrario il *frame* della Corte costituzionale italiana a riguardo è più articolato, a tratti ambivalente, e l'oscillazione della sua giurisprudenza rilevante negli ultimi tempi ricorda quella di un pendolo. Oscillazione, quest'ultima, il cui avvio coincide con quello della saga Taricco. Prima infatti del rinvio pregiudiziale in cui la Corte costituzionale aveva esposto, ma non opposto per riprendere una espressione di Antonio Ruggeri<sup>38</sup>, la teoria dei controlimiti alla Corte di giustizia, il riferimento al concetto di identità costituzionale nei rapporti interordinamentali non era mai stato utilizzato dalla Consulta.

Soltanto apparentemente in via paradossale, la prima volta in cui, nell'ordinanza prima richiamata, questo riferimento è compiuto, emerge altrettanto chiaramente, nel *reasoning* della Corte costituzionale, il linguaggio delle tradizioni costituzionali comuni quale possibile valida alternativa a un dialogo tra le Corti fondato su un codice linguistico molto meno inclusivo, pluralista e tollerante che si fonda sulla nozione di identità costituzionale<sup>39</sup>. Non è un caso, a proposito di pluralismo e integrazione, che l'assist della Corte costituzionale sia stato fatto proprio dalla Corte di giustizia che, in *M.A.S e M.B.*<sup>40</sup>, definiva quale "semplice precisazione" quello che in realtà sembra essere un radicale cambio di rotta rispetto a *Taricco*, almeno riguardo al principio di legalità previsto dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali che diventa – nella seconda pronuncia della Grande Sezione – la sublimazione europea di tradizioni costituzionali anche (come spesso, del resto, accade) non comuni. In questo senso, il fatto che l'ombrello dell'art. 49 sia così ampio da includere anche tradizioni costituzionali (di un ristretto numero di Stati membri), come quelle relative alla natura sostanziale della prescrizione propria dell'ordinamento italiano, ne è la prova lampante.

Nell'ultimo capitolo della saga, vale a dire nella [sentenza della Consulta n. 115/2018](#), sembra esserci stato un ritorno a un *reasoning* di matrice identitaria, o meglio una nuova oscillazione del pendolo cui si faceva riferimento<sup>41</sup>. La Corte costituzionale ha preso effettivamente atto della svolta della Corte di Lussemburgo in *M.A.S. e M.B.* rispetto a *Taricco*, ma ha tenuto a fare precisazioni e aggiunte che, proprio in forza di quell'alleanza sul terreno (e linguaggio) condiviso delle tradizioni costituzionali comuni, non ci si aspettava.

La Corte costituzionale sembra parlare questa volta un linguaggio nuovamente diverso, rifacendosi a un *frame* maggiormente incentrato sull'amplificazione della identità costituzionale a cui si affianca un'attitudine oppositiva e non cooperativa e dialogica rispetto alle ragioni di Lussemburgo. Non è un caso che sia del tutto assente qualsiasi riferimento alle tradizioni costituzionali (anche non comuni), mentre si richiama l'identità costituzionale in ben due passaggi della pronuncia (v. punti 5 e 11).

Il pendolo ha oscillato nuovamente, ancor più recentemente. Nella [decisione n. 20/2019](#)<sup>42</sup> in un caso assai delicato relativo al difficile bilanciamento tra tutela della privacy e protezione della trasparenza, la Corte costituzionale è sembrata ritornare al *frame* delle tradizioni costituzionali comuni, tra l'altro aprendosi a una ancor più ampia e pluralistica versione delle stesse, fino a includere anche quel fattore costituzionale comune che emerge dalle tradizioni giuridiche degli Stati contraenti della CEDU. Un esempio emblematico, quello appena richiamato, di come può essere presa sul serio la "speciale responsabilità", cui prima si è fatto riferimento, in capo alle Corti che detengono, grazie alla loro capacità di influenza, una posizione dominante nel mercato (europeo) delle idee costituzionali.

Come si è cercato di dimostrare, prendendo spunto da categorie e istituti del diritto della concorrenza, sembra potersi concretizzare la fattispecie di abuso di posizione dominante in detto mercato allorché, da parte delle Corti costituzionali più autorevoli e, per l'appunto, influenti

---

<sup>38</sup> A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti* (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017), op. cit.

<sup>39</sup> F. FABBRINI, O. POLLICINO, *Constitutional identity in Italy: European integration as the fulfilment of the Constitution*, EUI working paper, 2017/06.

<sup>40</sup> Corte di giustizia, sent. 5/12/2017, C-42/17.

<sup>41</sup> Corte costituzionale italiana, sent. 115/2018.

d'Europa, si faccia ricorso a argomenti che, al di là degli intenti per cui vengono utilizzati, in quella migrazione "orizzontale" di idee costituzionali che si è cercato di fare emergere in precedenza, si prestano a essere manipolativamente utilizzate dalle Corti costituzionali, in una cornice di indebolimento della *rule of law* sempre più allarmante, in cui il ruolo antimaggioritario di dette Corti sta pericolosamente sbiadendo.

E se si vuole essere fedeli alla metafora proposta, e in particolare a quanto caratterizza il *source domain* della stessa, vale a dire l'ambito del diritto alla concorrenza, non è in alcun modo rilevante, per evitare l'abuso che, nel contesto della interazione orizzontale tra Corti, non ci sia alcuna volontà da parte delle Corti dell'ovest in posizione dominante di influenzare in senso sovranista e identitario la giurisprudenza delle Corti dell'est.

Il quadro che si è provato soltanto, con esiti discutibili, a tratteggiare è evidentemente di una complessità crescente. Per questo, oggi più che mai, risulta cruciale studiare in modo il più possibile approfondito e libero da qualsiasi, per dirla ancora con una delle espressioni del Maestro, "crampo mentale" di natura formale astratta, l'interazione, anche orizzontale, tra le Corti in Europa.

Mai come in questo momento, dunque, la bussola di orientamento di matrice assiologica sostanziale brevettata da Antonio Ruggeri è uno strumento indispensabile per chi "voglia addentrarsi, nella giungla"<sup>43</sup> per dirla con Paolo Conte, dei rapporti interordinamentali tra Corti e Carte<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> P. CONTE, *Sparing Patner*, 23 ottobre 1984.

<sup>44</sup> Si veda, in particolare, V. SCARABBA *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2011.



**Eleonora Rinaldi\***

**Le vacillanti colonne d'Ercole dell'autodichia e i paradossi dell'antipolitica: tra volontà di "fare giustizia" dei privilegi dei parlamentari, ingiustificate disparità di trattamento e collocazione dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti**

SOMMARIO: 1. L'autodichia, un feticcio antico ma vitale. Dall'insindacabilità degli *interna corporis* del Parlamento alla teoria dello status comune degli organi costituzionali. – 2. Alle radici del problema: l'inserimento del regolamento parlamentare nel sistema delle fonti dell'ordinamento repubblicano come premessa necessaria della revisione del principio di insindacabilità degli *interna corporis* del Parlamento (e degli altri organi costituzionali). – 3. La legittimazione dell'autodichia nella giurisprudenza della Corte EDU e la successiva giurisprudenza nazionale. – 4. *Segue*. – 5. L'autodichia delle Camere alla luce del [parere n. 2016/2018 del Consiglio di Stato](#) sulla riforma dei vitalizi. Alcune contraddizioni ravvisabili nella scelta di riformare i criteri di determinazione dei vitalizi degli ex-parlamentari esclusivamente con regolamento minore.

1. *L'autodichia, un feticcio antico ma vitale. Dall'insindacabilità degli interna corporis del Parlamento alla teoria dello status comune degli organi costituzionali.*

A dispetto dei dubbi da più parti prospettati e dei tentativi di ridimensionarne l'ambito operativo, l'autodichia ribadisce da decenni la propria «inattaccabile vitalità»<sup>1</sup>.

Da ultimo, con riguardo alle controversie concernenti la corresponsione dei vitalizi degli ex-parlamentari, insorte numerose in seguito all'approvazione di nuovi criteri di calcolo<sup>2</sup> e sottratte alla cognizione di qualunque giudice dello Stato<sup>3</sup>.

Mi sembra questo il significato di due recenti ordinanze delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione pubblicate lo scorso 8 luglio ([nn. 18265](#) e [18266](#)) che, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, - non senza aver ribadito l'avvenuta verifica del «fondamento costituzionale per l'esercizio del potere ... » - riconoscono la competenza esclusiva a decidere sui ricorsi proposti in favore degli organi di autodichia<sup>4</sup>; la prima ordinanza ([n. 18265](#)) in quanto collegata ad un ricorso pendente presso il Consiglio di Presidenza della Camera per l'annullamento della deliberazione n. 14 del 12 luglio 2018 con cui l'Ufficio di Presidenza ridetermina il trattamento economico (sia diretto

---

\* *Ricercatrice confermata di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza".*

<sup>1</sup> Così, anche di recente, M. MANETTI, *Quell'oscuro oggetto del desiderio: l'autodichia degli organi costituzionali nei confronti dei propri dipendenti*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2017, 512 e Corte di Cassazione, sentenza del 4 maggio 2018, n. 10775 (consultabile anche in [Federalismi.it](#)).

<sup>2</sup> Cfr. la deliberazione dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati n. 4/2018 e del Consiglio di Presidenza del Senato n. 6 del 6 ottobre 2018.

<sup>3</sup> Le Ss. UU. civili della Corte di Cassazione, nell'ordinanza n. 6529 del 17 marzo 2010 definiscono l'autodichia come «la capacità di una istituzione – e in particolar modo degli organi costituzionali che siano muniti di autonomia organizzativa e contabile – di decidere direttamente, con giudizio dei propri organi, ogni controversia attinente all'esercizio delle proprie funzioni senza che istituzioni giurisdizionali esterne possano esercitare sui relativi atti controlli e sindacati di sorta, applicando la disciplina normativa che gli stessi organi si sono dati nelle materie trattate».

<sup>4</sup> L'affermazione di una sfera di autodichia scaturisce tuttavia da due dispositivi diversi; l'[ord. n. 18265/2019](#) (su ricorso del prof. Paolo Armaroli) dichiara infatti inammissibile l'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione «per l'assorbente ragione che non si profila l'eventualità che l'organo di autodichia al quale il ricorrente si è rivolto possa non decidere la controversia e che l'attività già svolta in quella sede dal ricorrente possa risultare inutile, in considerazione della natura della controversia stessa e delle deduzioni della Camera dei Deputati convenuta». L'[ordinanza n. 18266](#) (su ricorso dell'on. Cesare Previti) afferma invece, argomentando anche dalla recente giurisprudenza costituzionale (e anzitutto dalla [sentenza n. 262/2017](#)) l'assenza assoluta di giurisdizione del giudice civile, adito dal ricorrente al fine di ottenere l'accertamento e la dichiarazione dell'illegittimità della disposizione contenuta nella deliberazione n. 131/2015 dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati con cui era disposta (a partire dal 4 ottobre 2016) la cessazione dell'erogazione dell'assegno vitalizio corrispostogli in qualità di ex deputato.

che di reversibilità) dei deputati cessati dal mandato applicando il metodo contributivo<sup>5</sup>; la seconda ([n. 18266](#)) relativa al giudizio intentato con ricorso al Tribunale di Roma da un *ex*-deputato ai fini dell'accertamento dell'illegittimità della disposizione regolamentare che dispone la cessazione dell'erogazione del medesimo assegno in ragione di una sentenza penale di condanna<sup>6</sup>.

Si apre così un capitolo ulteriore nella vicenda giurisdizionale scaturente dalla riforma dei vitalizi degli *ex*-parlamentari che, elevata a simbolo della lotta contro i privilegi della politica nel corso della XVII Legislatura, è destinata a protrarsi dinanzi ai giudici parlamentari, chiamati a decidere nel merito i ricorsi presentati, applicando i principi sostanziali menzionati dalla Corte di Cassazione.

Entrambe le ordinanze chiariscono infatti che:

(a) l'indennità «nei suoi presupposti e nelle sue finalità ha sempre assunto, nella disciplina costituzionale e ordinaria, connotazioni distinte da quelle proprie della retribuzione connessa al rapporto di pubblico impiego»;

(b) il vitalizio rappresenta «la proiezione economica dell'indennità parlamentare per la parentesi di vita successiva allo svolgimento del mandato»;

(c) sebbene il vitalizio non trovi, a differenza dell'indennità, specifica menzione nella Costituzione e «anche se la disciplina sostanziale dei due istituti è rinvenibile in fonti differenti», «può dirsi che la sua corresponsione sia sorretta dalla medesima *ratio* di sterilizzazione degli impedimenti economici all'accesso alle cariche di rappresentanza democratica del Paese e di garanzia dell'attribuzione ai parlamentari, rappresentanti del popolo sovrano, di un trattamento economico adeguato ad assicurarne l'indipendenza»<sup>7</sup>.

Su questi aspetti, unitamente ai problemi connessi all'applicazione del nuovo metodo di calcolo dei vitalizi (oggetto specifico della deliberazione dell'Ufficio di Presidenza della Camera n. 14/2018), ritornerò nella parte conclusiva di questo lavoro; in prima battuta, mi sembra invece doveroso sottolineare che, in entrambe le pronunce, la Corte di Cassazione non semplicemente rinuncia ad esprimere qualunque dubbio sul fondamento costituzionale dell'autodichia ma, diversamente dal passato, aderisce integralmente alle conclusioni raggiunte dalla più recente giurisprudenza costituzionale ([sent. n. 262/2017](#))<sup>8</sup>.

Non può tacersi infatti il carattere paradossale di tale atteggiamento che, in un momento storico contraddistinto da profonda sfiducia nelle capacità di mediazione delle istituzioni rappresentative, discutibilmente accetta che le ragioni della legalità costituzionale si pieghino a quelle dell'autonomia

---

<sup>5</sup> L'applicazione del nuovo metodo è estesa infatti retroattivamente ai vitalizi maturati prima del 31 dicembre 2011 nella vigenza di un diverso sistema di calcolo.

<sup>6</sup> Si tratta della deliberazione n. 131 del 2015 dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati con la quale è stata disposta la cessazione «a far data dal 4 ottobre 2016 dell'erogazione dell'assegno vitalizio corrisposto in qualità di *ex*-deputato a decorrere dal 1° agosto 2017», cfr. [Cassazione, Ss. UU., ordinanza, 8 luglio 2019, n. 18266](#) (pag. 2).

<sup>7</sup> Così [Corte di Cassazione, Ss. UU. civili, ord. n. 18265/2019](#), pp. 10-11 (sostanzialmente identici i principi espressi dall'[ordinanza n. 18266](#)).

<sup>8</sup> Nell'[ordinanza n. 18265/2019](#) infatti si legge: «dato l'oggetto della controversia, l'attribuzione della decisione sulla presente controversia a tale Consiglio (organo di autodichia della Camera) non può che considerarsi pacifica, tanto più alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale (specialmente in relazione alla [sentenza n. 262 del 2017](#)) intervenuti prima della proposizione del suddetto ricorso al Consiglio di Giurisdizione della Camera dei Deputati» (cfr. l'[ordinanza n. 18265/2019](#), pag. 9). Rilevante è inoltre la precisazione secondo cui «... le violazioni dei diritti fondamentali prospettate dal ricorrente ed eventuali dubbi di legittimità costituzionale delle norme di legge cui i regolamenti e le fonti di autonomia in genere fanno rinvio che rilevino per la decisione della controversia possono essere evidenziati anche davanti al Consiglio di Giurisdizione della Camera dei Deputati». Sull'adesione della giurisprudenza della Corte di Cassazione alle conclusioni della Corte costituzionale, in senso critico, v. tuttavia già F. G. SCOCA, *Autodichia e Stato di diritto*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2011, 25 ss.; C. DELLE DONNE, *Le Alte Corti e le c.d. giurisdizioni domestiche: il recente paradosso dell'«autodichia» del Quirinale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, 692 ss. e a commento dell'[ordinanza n. 18265/2019](#), S. GALDIERI, *Vitalizi dei parlamentari ed autodichia: alcune considerazioni a margine dell'ordinanza n. 18265/2019 della Corte di Cassazione*, in [Diritti Comparati](#), 25 luglio 2019, 2.

parlamentare, anche quando fondamento e confine della stessa appaiano discutibili (per le ragioni che a breve esporrò)<sup>9</sup>.

Diversamente, l'esclusione di qualunque tipo di sindacato sulle scelte normative ed amministrative compiute da ciascuna Camera - diretto portato dell'idea della separazione di ordini normativi tra ambito parlamentare e ordinamento generale, sia sul versante delle fonti di produzione che su quello delle garanzie del rispetto delle regole così prodotte<sup>10</sup> - conferma il proprio ruolo di presidio della libertà di autodeterminazione del Parlamento<sup>11</sup> e, apoditticamente associato alla funzione politico-rappresentativa del medesimo, risulta tuttora in grado di derogare ai principi supremi dell'ordinamento (primo tra i quali il diritto all'eguale tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive)<sup>12</sup>.

L'insoddisfazione suscitata da tali pronunce sollecita pertanto diverse considerazioni che, muovendo dal dato costituzionale, promuovono interrogativi più ampi relativi, per un verso, alle ragioni della sopravvivenza del principio di insindacabilità degli *interna corporis* del Parlamento (e dell'autodichia che da questo discende)<sup>13</sup> e inerenti per l'altro alla *ratio* della sua estensione ad organi costituzionali nati con la Costituzione repubblicana (Corte costituzionale e Presidenza della Repubblica) e non aventi un rapporto immediato con la rappresentanza politica (e con la relativa responsabilità)<sup>14</sup>.

Evoluzione non imprevedibile - se si ricorda che il principio di insindacabilità degli *interna corporis* delle Camere è impiegato da tempo per argomentare l'esistenza di uno *status* comune agli organi costituzionali<sup>15</sup> - e ciononostante problematica, tanto più che già durante il regime statutario, in fase di dibattito relativo al sindacato sulla legge per vizi formali o di discussione sulla sindacabilità giurisdizionale degli atti amministrativi di *autorità non amministrative*<sup>16</sup>-, si prospettava il

<sup>9</sup> L'affermazione del principio di legalità costituzionale quale principio che presiede all'attività di tutti gli organi supremi, incluse le istituzioni rappresentative è sottolineata dalla Corte costituzionale già pochi anni dopo l'inizio della propria attività, cfr. [Corte costituzionale sent. n. 15/1969](#), con nota di F. MODUGNO, *Corollari del principio di legittimità costituzionale e sentenze costitutive della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1969, 91 ss.

<sup>10</sup> Sul rapporto tra autodichia e *insindacabilità degli interna corporis*, per tutti, G. G. FLORIDIA - F. SORRENTINO, *Interna corporis*, in *Enciclopedia giuridica*, estratto dal volume XVII della Enciclopedia giuridica, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, 1988, 1 (dell'estratto).

<sup>11</sup> Sul rapporto tra separatezza del diritto parlamentare dall'ordinamento generale e peculiare legittimazione politica dell'Assemblea elettiva, pur fornendo una chiave di lettura diversa dell'evoluzione dei rapporti tra ordinamento parlamentare e ordinamento giuridico generale, G. G. FLORIDIA - F. SORRENTINO, *Interna corporis*, cit., 3 e M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè, 1990, 27 ss.

<sup>12</sup> Sulla funzione di controlimita assoluta da tale principio, cfr. da ultimo [Corte costituzionale, sentenza n. 238/2014](#).

<sup>13</sup> Esso non indica infatti un complesso preciso di regole o consuetudini ma genericamente una «teoria dei rapporti tra organi parlamentari e giurisdizione (anche costituzionale)», cfr. G. G. FLORIDIA-F. SORRENTINO, *Interna corporis*, cit., 1, nonché, in prospettiva storica, ampiamente, ancora G. G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1986, specie 1-145.

<sup>14</sup> Su questo aspetto - già evidenziato nel mio *La Corte costituzionale e l'autodichia: ci sono dei giudici per i dipendenti delle Camere e della Presidenza della Repubblica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2017, 2844 ss., specie 2855, ritornerò più avanti.

<sup>15</sup> Cfr. già E. CROSA, *Gli organi costituzionali e il Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, 91 ss.; P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, ora in *Scritti di diritto costituzionale*, I, Padova, Cedam, 1967, 241 ss.; e A. M. SANDULLI, *Spunti problematici in tema di autonomia degli organi costituzionali e di giustizia domestica nei confronti del loro personale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1977, 1834 e 1836 e sul versante giurisprudenziale, [Corte costituzionale sentt. nn. 66/1964](#); [143/1968](#); [15/1969](#); [110/1970](#) e [129/1981](#). Né la circostanza concreta che, in via temporanea, certe prerogative non siano state esercitate da alcuni organi (e segnatamente dalla Presidenza della Repubblica) è ritenuta specificamente rilevante nel senso di escludere tale *status*, tanto che in una prospettiva analoga si muovono anche scritti recenti, cfr. A. LO CALZO, *L'autodichia degli organi costituzionali. Il difficile percorso dalla sovranità istituzionale alla garanzia della funzione*, Napoli, ES, 2019; A. LO SACCO, *Autodichia degli organi costituzionali. Fondamenta e prassi*, Napoli, Jovene, 2018 e L. CASTELLI, *Il "combinato disposto" delle sentenze n. 231 e n. 262 del 2017 e i suoi (non convincenti riflessi) sull'autodichia degli organi costituzionali*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2018, 21 febbraio 2018, specie 22 ss.

<sup>16</sup> Tale dibattito è ricondotto al potere di accertamento del diritto vigente da parte del giudice o inteso come verifica di esistenza dell'atto legislativo. Significativa la vicenda riferita in G. G. FLORIDIA - F. SORRENTINO, *Interna corporis*,

superamento del «falso dogma dell'onnipotenza parlamentare»<sup>17</sup> inteso come impermeabilità del relativo ordinamento alle funzioni rientranti nella competenza degli altri organi costituzionali<sup>18</sup>.

L'entrata in vigore di una Costituzione rigida e garantita non imprime infatti una spinta decisiva in questa direzione<sup>19</sup>; diversamente, un'indagine protesa a "saggiare" la perdurante tenuta del principio si scontra con un diritto vivente che, dopo un tentativo iniziale di revisione di vecchi assunti, si attesta su posizioni di chiusura via via maggiore<sup>20</sup>, promuovendo più di una riflessione sull'incidenza (anche simbolica) che cedimenti apparentemente circoscritti alla rigidità costituzionale sono suscettibili di produrre nel tempo.

*2. Alle radici del problema: l'inserimento del regolamento parlamentare nel sistema delle fonti dell'ordinamento repubblicano come premessa necessaria della revisione del principio di insindacabilità degli interna corporis del Parlamento (e degli altri organi costituzionali).*

Con l'entrata in funzione della Corte costituzionale nel 1956, la prospettiva della revisione/superamento del principio di insindacabilità assoluta degli *interna corporis* del Parlamento sembra acquisire invero consistenza concreta.

Già tra il 1957 e il 1960, le questioni involgenti il possibile svolgimento di un controllo giurisdizionale sullo svolgersi del procedimento legislativo (a tutela del quale l'intera teorica viene elaborata) giungono infatti all'attenzione del giudice costituzionale che nella [sentenza n. 3 del 1957](#) riconosce di avere cognizione piena in ordine ai vizi formali della legge, ricostruendo il contrasto tra decreto legislativo e legge di delegazione come vizio procedimentale dell'atto legislativo<sup>21</sup>.

Chiamata a misurarsi con analoga questione nella celebre [sentenza n. 9/1959](#), la Corte costituzionale si attesta tuttavia su una posizione meno innovativa.

Il processo di applicazione dei divieti di approvazione con procedura decentrata previsti dall'art. 72 u.c. Cost. e dall'art. 40 R. C. è infatti considerato una questione di interpretazione<sup>22</sup>; si distingue però tra applicazione del divieto di approvazione di alcune leggi con procedura decentrata previsto immediatamente dall'art. 72, u.c. Cost. e applicazione di analogo divieto alla luce del regolamento parlamentare e si riserva la disapplicazione o deroga *una tantum* di quest'ultimo alla potestà esclusiva di ciascuna Camera.

Certamente, l'ambiguità di una pronuncia volta a far valere la supremazia della Costituzione sugli atti del procedimento legislativo, negando al tempo stesso alle disposizioni regolamentari carattere di parametro nel giudizio di legittimità costituzionale, va letta alla luce della difficoltà di aderire ad un nuovo ordine di idee in materia di rapporti tra giurisdizione e privilegio parlamentare<sup>23</sup>.

---

cit., 2, della legge-tariffa del 30 maggio 1878, n. 4390, relativamente alla quale la Corte di Cassazione afferma la potestà di indagare sull'*iter legis* laddove venga in discussione l'identità dei testi approvati dalle Camere.

<sup>17</sup> Il virgolettato è di V. E. ORLANDO, *Immunità parlamentari e organi sovrani* (1933), ora in *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1940, 406.

<sup>18</sup> La regola della sindacabilità è peraltro ritenuta derogabile solo in quanto i giudici non godano di piena indipendenza, cfr. S. ROMANO, *Gli atti di un ramo del Parlamento e la loro pretesa impugnabilità dinanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato*, dal *Circolo Giuridico*, 1899, ripubbl. in *Scritti Minori*, Milano, Giuffrè, 1950, 149 ss., specie 153.

<sup>19</sup> Per tutti, con riguardo alla sindacabilità della legge, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, I, Cedam, Padova 1934, capp. II e V che tuttavia esclude più tardi l'impiego dei regolamenti parlamentari come norma interposta nel giudizio di legittimità costituzionale.

<sup>20</sup> In questo senso credo di dover leggere anche la [sentenza della Corte costituzionale n. 262/2017](#).

<sup>21</sup> Cfr. Corte costituzionale, [sentenza n. 3/1957](#): «Pertanto non è a dubitare, che la violazione delle norme strumentali per il processo formativo della legge nelle sue varie specie (artt. 70, 76, 77 Costituzione), al pari delle norme di carattere sostanziale contenute nella Costituzione, siano suscettibili di sindacato costituzionale; e che nelle "questioni di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge" (artt. 1 legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1; 23 comma 3 e 27 legge 11 marzo 1953, n. 87) vanno comprese le questioni di legittimità costituzionale relative alle leggi delegate».

<sup>22</sup> Cfr. par. 2 del *Considerato in diritto*.

<sup>23</sup> In questa logica si spiega anche il commento critico alla sentenza di C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1959, I, 623 ss., specie 629 in cui l'A. sostiene la nota tesi secondo cui i

Ciononostante, la parziale disponibilità della Corte costituzionale a conoscere l'*iter legis* trova eco in una parte della dottrina costituzionalistica, tanto che già l'anno successivo alla sentenza n. 9, nella famosa prolusione patavina, Vezio Crisafulli fornisce una sistemazione compiuta dei rinvii al regolamento parlamentare contenuti negli articoli 64 e 72 Cost. e indica gli stessi come esempio tipico di riserva costituzionale di competenza normativa, in virtù della quale l'atto approvato a maggioranza assoluta da ciascuna Camera è dotato di rango primario corrispondente a quello della legge<sup>24</sup>.

Le coordinate di fondo cui si ispira tale ricostruzione (poi divenuta dominante in dottrina) sono note:

(a) la potestà di auto-organizzazione è funzionale a garantire l'indipendenza delle Camere, anche in relazione ai privilegi dei propri componenti;

(b) la funzione normativa del regolamento si estrinseca nel definire a priori la posizione dei diversi soggetti politici predisponendo gli strumenti e le garanzie in favore di deputati, gruppi, maggioranza, minoranze e governo;

(c) dal rapporto tra potestà di auto-organizzazione e garanzie di indipendenza delle Camere discende la fisionomia tradizionale dei regolamenti parlamentari cui la Costituzione implicitamente rinvia; in virtù della stessa, una serie di istituti o materie sono usualmente coperti da normazione regolamentare<sup>25</sup>.

Su queste premesse, il rapporto di separazione di competenza tra legge e regolamento parlamentare viene letto in termini analoghi a quanto accade per le altre riserve di competenza previste dalla Costituzione, mentre il riferimento alla fisionomia tradizionale dell'istituto consente di giustificare, alla luce di peculiarità contenutistiche, l'infungibilità della legge rispetto al regolamento parlamentare<sup>26</sup>, altrimenti ancorata al solo dato formale dell'approvazione dell'atto a maggioranza assoluta<sup>27</sup>.

È noto che a Crisafulli si devono gli argomenti tuttora più rigorosi sul versante delle conseguenze scaturenti dalla riconosciuta natura normativa della potestà di auto-organizzazione delle Camere<sup>28</sup>; da questa desumendosi l'utilizzabilità delle disposizioni regolamentari nella veste di norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale (laddove si eccepiscano violazioni procedurali in fase di approvazione di una legge) e l'idoneità delle stesse a costituire oggetto di quel giudizio<sup>29</sup>.

---

regolamenti parlamentari «pongono regole rivolte agli organi legislativi per disciplinarne l'attività e non canoni di valutazione delle leggi invalidanti l'atto legislativo per vizio di procedimento».

<sup>24</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, III, Milano, Giuffrè, 1965, 173 ss., specie 203 nonché, più tardi, IDEM, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, V ediz., Cedam, Padova 1984, 136 ss.

<sup>25</sup> Pur desumendosi conseguenze diverse, il rapporto tra legge e regolamento è inteso in termini di separazione di competenza dalla maggior parte della dottrina costituzionalistica fino alla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, cfr. almeno G. FERRARA, *Regolamenti parlamentari e indirizzo politico*, in *Studi in onore di A. Tesaurò*, I, Milano, Giuffrè, 1968, 328 ss.; F. MODUGNO, *In tema di regolamenti parlamentari e di controllo sugli «interna corporis acta» delle camere*, in *Studi in onore di G. Ambrosini II*, Milano, Giuffrè, 1970, 1313 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975-1976, 504; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1978, 79. Per una compiuta ricostruzione delle posizioni dottrinali sul punto, v. G. G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1986, 204 ss.

<sup>26</sup> In questa prospettiva, v. almeno C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975-76, 504 e ancora IDEM, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. 1, X ed., Padova, Cedam, 1991, 509-511, nonché, più di recente G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÓ, *La giustizia costituzionale. Oggetto, procedimenti, decisioni*, Bologna, II ed., Il Mulino, 2018, 75 ss.

<sup>27</sup> Così infatti S. GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, Giuffrè, 1957, 154 ss., specie 156.

<sup>28</sup> Cfr. M. MANETTI, *La legittimazione*, cit., 106 ss. che ne sottolinea il legame con una precisa lettura della Costituzione in quanto atto normativo proteso a giuridicizzare l'attività degli organi supremi, limitando il primato della politica.

<sup>29</sup> I criteri che Crisafulli ritiene sufficienti a tal fine (poi condivisi dalla dottrina successiva) sono

(a) l'idoneità della fonte ad esplicare capacità innovativa analoga alla legge e

(b) la circostanza che questa sia abilitata dalla Costituzione a sostituirsi alla legge nella disciplina delle materie riservate (Modugno, Pizzorusso, Ruggeri, Sorrentino).

Alcuni Autori non concordano tuttavia (almeno inizialmente) sull'utilizzabilità delle disposizioni regolamentari come parametro nel giudizio di costituzionalità sulla legge; ciononostante, la riconosciuta appartenenza dell'atto

Il riferimento ad una riserva esclusiva di regolamento finisce tuttavia per assolvere ad una funzione opposta all'obbiettivo (implicitamente perseguito) di presidiare l'autodeterminazione delle Camere, giacché, irrigidendo i meccanismi operativi del diritto parlamentare, a dispetto dell'esigenza di flessibilità/derogabilità funzionale a garantire lo svolgersi del "gioco politico", vincola i due rami del Parlamento ad approvare specifiche disposizioni scritte al fine di disciplinare tutti gli oggetti rientranti nella riserva (in ossequio all'aspetto positivo ascrivibile a qualunque riserva assoluta di competenza prevista dalla Costituzione)<sup>30</sup>.

Al tempo stesso, l'individuazione di tali oggetti a partire dalle materie tradizionalmente inerenti alla potestà di auto-organizzazione delle Camere riecheggia ricostruzioni teoriche risalenti che, valorizzando la *naturale* spettanza alle Camere di un potere di auto-organizzazione, si presentano già ora idonee a legittimare un'interpretazione della riserva di regolamento parlamentare come precipitato della posizione di primazia del Parlamento nel sistema<sup>31</sup>.

La stessa [sentenza n. 9/1959](#) tradisce, a ben vedere, tali ambiguità, ch , se per un verso vi si afferma l'idea della compatibilit  tra indipendenza dell'organo parlamentare e sindacabilit  degli atti approvati (prospettandosi il superamento della radicale separatezza tra ordinamento giuridico generale ed ordinamento camerale)<sup>32</sup>, sul distinto versante della parametricit  delle disposizioni regolamentari (e bench  le premesse per sostenere il sindacato sull'*iter legis* alla stregua del regolamento parlamentare possono dirsi ormai poste)<sup>33</sup>, la pronuncia rimane a met  strada<sup>34</sup>.

N  dalla giurisprudenza costituzionale successiva emergono indicazioni risolutive in ordine alla collocazione del regolamento parlamentare nel sistema delle fonti e all'estensione della competenza normativa di ciascuna Camera.

La compresenza di elementi diversi nella ricostruzione del ruolo ascrivibile ai regolamenti parlamentari nell'ordinamento generale continua anzi ad esplicitare efficacia condizionante e consente di riportare in *auge* vecchie idee, in particolare quando (come vedremo) si considera il regolamento parlamentare atto con efficacia meramente interna all'Assemblea<sup>35</sup>, attenuando drasticamente la valenza prescrittiva della Costituzione<sup>36</sup>.

---

all'ordinamento generale sembra rendere ineludibile tale conseguenza, cos  come l'idoneit  dello stesso a divenire oggetto del controllo di costituzionalit .

<sup>30</sup> Su cui, in termini generali, v. almeno F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, III ed., Padova, Cedam-Wolters Kluwer, 2019, 39-40.

<sup>31</sup> Tale ambito materiale «non pu  (infatti) dedursi da alcun dato testuale in Costituzione», cfr. G. G. FLORIDIA-F. SORRENTINO, voce *Regolamenti parlamentari*, estratto dal vol. XXVI dell'Enciclopedia Giuridica, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, 1991, 13.

<sup>32</sup> L'asserita irrilevanza esterna di ci  che accade all'interno delle Camere   negata in quanto si tratti di fattispecie disciplinate da norme costituzionali e, finalmente ribaltandosi l'impostazione pi  risalente, la persistenza vigenza del principio di insindacabilit    correttamente esclusa, in ragione dell'impossibilit  di individuare nell'ordinamento costituzionale norme limitative del sindacato sugli atti delle Camere.

<sup>33</sup> Una volta fissata la regola del rilievo esterno delle fattispecie disciplinate dalla fonte costituzionale in quanto fonte dell'ordinamento generale, non si vede infatti perch  lo stesso rilievo debba essere negato alle fattispecie disciplinate dalle norme regolamentari cui la Costituzione rinvia.

<sup>34</sup> Di «prova di coraggio» della Corte costituzionale parla, ciononostante, A. M. SANDULLI, *Considerazioni in tema di sindacato della Corte costituzionale sul profilo formale delle leggi*, in *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, VI, 1969, 458.

<sup>35</sup> L'efficacia meramente interna del regolamento parlamentare   invero associata ad elaborazioni teoriche estremamente diverse tra loro che non   possibile ripercorrere in questa sede. Con riferimento alla dottrina statutaria mi limito pertanto a rinviare a S. ROMANO, *Sulla natura giuridica dei regolamenti delle Camere parlamentari*, in *Archivio giuridico F. serafini*, terza serie, vol. IV, Pisa, 1905, 3 ss. e G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1915, 321 ss., specie 357 ss. Le diversit  sottese alle varie elaborazioni teoriche sono invece evidenziate in modo puntuale negli studi di G. G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano, Giuffr , 1986, specie 41 ss. e M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, Milano, Giuffr , 1990, 7 ss.

<sup>36</sup> L'osservazione   gi  in A. A. CERVATI, *Artt. 70-72 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro italiano, 1985, 117 nota 20 e 178. Le sentenze della Corte costituzionale particolarmente indicative di questo diverso approccio di metodo mi sembrano essere la [n. 66/1964](#); la [n. 143/1968](#); la [n. 15/1969](#) (che specificamente ammette nel sistema l'autodichia della Corte costituzionale sulle controversie di lavoro con i dipendenti), la [n. 110/1970](#) (ribadita dalla [sentenza n. 231/1975](#)).

Le tappe decisive in materia di insindacabilità degli *interna corporis* del Parlamento sono tradizionalmente indicate in due sentenze pressoché coeve che, benché non del tutto coerenti tra loro, finiscono per convergere nella direzione accennata.

Nella [sentenza n. 78/1984](#), il carattere “scivoloso” della distinzione tra vizi formali della legge scaturenti dalla violazione diretta della Costituzione e vizi conseguenti ad una violazione mediata (in ragione dell’inosservanza della disciplina regolamentare integratrice del dettato costituzionale) non comporta invero una completa abdicazione all’esigenza di inserzione del regolamento parlamentare nel sistema delle fonti.

L’incostituzionalità di una legge approvata a maggioranza dei votanti e non dei deputati fisicamente presenti è infatti negata in base all’art. 48 R. C. inteso come espressione della facoltà interpretativa dell’art. 64, comma 3, Cost. spettante in modo ampio ai regolamenti parlamentari<sup>37</sup>.

La funzione normativa dei regolamenti è certamente svalutata e la norma regolamentare sostanzialmente parificata alla prassi<sup>38</sup>; tuttavia, la motivazione si estende ad argomentare la compatibilità dell’interpretazione regolamentare con la Costituzione (e precisamente con l’art. 64, comma 3 Cost.) e gli argomenti spesi appaiono così ampi da indurre a ritenere implicitamente affrontata (e risolta in senso positivo) la questione del rapporto con la Costituzione<sup>39</sup>.

Nella successiva [sentenza n. 154 del 1985](#) “si consuma” invece una drastica inversione di rotta; l’insindacabilità dei regolamenti parlamentari è ritenuta assoluta e costituisce conseguenza della «posizione del Parlamento nel sistema»<sup>40</sup>.

Significativo ai nostri fini che la proposizione dell’incidente di costituzionalità riguardi gli artt. 12. 1 R.S. e 12. 3 R.C. istitutivi dell’autodichia sulle controversie di lavoro tra Camere e propri dipendenti, chiamando la Corte costituzionale a pronunciarsi, oltre che sulla violazione degli articoli 3, 24, 101, 108 e 113 Cost., sul profilo essenziale del significato ascrivibile alla riserva di regolamento parlamentare.

La soluzione prospettata dal giudice costituzionale è nota<sup>41</sup>: anche se si tratta di «atti di autonomia normativa» delle Camere e benché la riserva di competenza sia prevista direttamente dalla Costituzione, i regolamenti parlamentari sono assolutamente insindacabili<sup>42</sup>; dedurre conseguenze diverse colliderebbe con la logica del sistema costituzionale e con l’esigenza di garantire «l’indipendenza guarentigiata delle Camere»<sup>43</sup>.

---

<sup>37</sup> Il regolamento non assurge a vero parametro di legittimità perché il giudice costituzionale non ne sanziona l’inosservanza, né lo tiene in considerazione se esso si dimostra inefficace, neppure quando tale inosservanza comporti una violazione della Costituzione.

<sup>38</sup> Tale approccio non può dirsi completamente inaspettato: i regolamenti parlamentari del 1971 hanno aperto infatti una fase nuova dell’ordinamento repubblicano e, sorretti da una legittimazione politica finora sconosciuta si collocano in una sfera distinta da quella della politica ordinaria. Sul piano teorico, la superiore legittimazione politica degli stessi avrebbe potuto invero rafforzarne il carattere normativo valorizzandone il significato di strumento di tutela delle minoranze. Ciononostante, la realtà della vita parlamentare non evolve in questa direzione e a dispetto dei tentativi di estendere i criteri di interpretazione e applicazione tipici delle fonti, le regole dagli stessi dettate continuano ad intrattenere rapporti del tutto peculiari con precedenti e prassi, variamente orientati a sospenderne l’efficacia. Né le violazioni di regole approvate a maggioranza assoluta in danno di determinate forze politiche danno vita alla proposizione di conflitti davanti alla Corte costituzionale in funzione di garanzia dell’equilibrato svolgersi della dialettica tra le forze politiche rappresentate in Parlamento, benché parte della dottrina già cominci ad indicare la praticabilità di tale rimedio.

<sup>39</sup> Così G. G. FLORIDIA, *Il regolamento*, cit., 299-300. *Contra*, tuttavia M. MANETTI, *La legittimazione del diritto parlamentare*, cit., 123, secondo cui la funzione di parametro del regolamento non è del tutto svalutata ma impiegata «a senso unico»; le norme regolamentari sono infatti prese in esame, ma alla condizione che siano state osservate e sul presupposto che esse manifestino la potestà di “interpretazione autentica” spettante alle singole Camere nei confronti del testo costituzionale (dunque sul presupposto della loro insindacabilità).

<sup>40</sup> Ciononostante si esprimono (in un *obiter dictum*) seri dubbi «sulla compatibilità dell’autodichia delle Camere con i principi costituzionali in tema di giurisdizione».

<sup>41</sup> Risposta ripresa (con le precisazioni di cui dirò) dalle [sentenze della Corte costituzionale nn. 120 del 2014 e 262 del 2017](#), su cui ritornerò più avanti.

<sup>42</sup> Sulle contraddizioni della sentenza già G. G. FLORIDIA, *Finale di partita*, nota a Cass. SS. UU., n. 6943 del 28 novembre 1985, in *Diritto processuale amministrativo*, 1986, 275.

<sup>43</sup> Questa l’espressione impiegata nella [sentenza della Corte costituzionale n. 154/1985](#).

L'insindacabilità delle disposizioni regolamentari istitutive dell'autodichia costituisce dunque diretto portato di un principio insito nella logica del sistema<sup>44</sup>; in virtù dello stesso, le disposizioni dei regolamenti parlamentari sono insuscettibili di controllo giurisdizionale esterno e non confrontabili con le norme sulla produzione giuridica che le disciplinano, sia che queste impongano limiti sostanziali, sia che dettino limiti riguardanti i rapporti con altre fonti dell'ordinamento generale<sup>45</sup>.

La sovrapposizione tra riserva di competenza in favore del regolamento parlamentare e collocazione istituzionale dell'organo (già desumibile dalla [sent. n. 129/1981](#))<sup>46</sup> si cristallizza in questa pronuncia e aperta la strada all'«inarrestabile espansione» della giurisdizione domestica delle Camere<sup>47</sup>, concorre a perpetuare (*recte*: esasperare) l'idea di un diritto parlamentare impermeabile alle logiche legalitarie dell'ordinamento repubblicano in cui ogni discussione sulla collocazione del regolamento parlamentare nel sistema delle fonti è priva di significato<sup>48</sup>.

Né certi approdi incontrano un ostacolo reale nella giurisprudenza dei giudici comuni, sostanzialmente deferente alla ritenuta vigenza di un principio indimostrato, di cui si assume la prevalenza sulla «grande regola» della sindacabilità degli atti dei pubblici poteri<sup>49</sup>.

Emblematica la pronuncia resa dalle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione successivamente alla [sentenza n. 154 del 1985](#), in cui gli stessi giudici da cui proviene la questione di legittimità costituzionale sottolineano la portata derogatoria dell'autodichia rispetto agli artt. 24, 113, 108 Cost. etc. e scelgono di «salvare» l'istituto, riconoscendo agli organi interni delle Camere la qualità di giudici speciali<sup>50</sup>.

Soluzione adottata - così si legge in sentenza - perché suscettiva di offendere meno gravemente («cioè eventualmente, soltanto sotto i profili dell'indipendenza, terzietà ed imparzialità, nonché della difesa e del contraddittorio) i precetti costituzionali contenuti negli artt. 24 e 113 Cost.»<sup>51</sup> e che da questo momento legittima definitivamente l'autodichia<sup>52</sup>.

---

<sup>44</sup> Si tratta di un principio di origine consuetudinaria già impiegato dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 129/1981](#).

<sup>45</sup> Sull'inversione di prospettiva e di metodo operata dalla [sentenza n. 154 del 1985](#) rispetto alla [sentenza n. 78 del 1984](#) v. tuttavia G. G. FLORIDIA, *Finale di partita*, loc. ult. cit.

<sup>46</sup> Nella [sentenza n. 129 del 1981](#), infatti, l'immunità dei tesoreri degli organi costituzionali dalla giurisdizione contabile è argomentata a partire da una consuetudine costituzionale risalente all'epoca statutaria che sopravvive nell'ordinamento repubblicano perché funzionale alla realizzazione degli scopi istituzionali degli organi (le premesse argomentative assunte in quest'occasione - in particolare la posizione di indipendenza dell'organo - erano ravvisabili peraltro già in [Corte costituzionale, sentt. 143/1968, 110/1970 e 231/1975](#)).

<sup>47</sup> Il virgolettato nel testo è di F. S. CANTELLA, *L'inarrestabile espansione del "foro domestico" della Camera*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2000, 1153 ss. cui adde, almeno C. CHIOLA, *Note critiche sull'autodichia delle Camere*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, 3492 ss.; E. LEHNER, *"Regolamento per la tutela giurisdizionale relativa agli atti di amministrazione della Camera dei Deputati non concernenti i dipendenti" vs. "giusto processo", precettività della Costituzione e primato del diritto comunitario*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2002, 471 ss., e, se si vuole, il mio, *La Corte costituzionale e l'autodichia: ci sono dei giudici per i dipendenti delle Camere*, cit., 2848 ss.

<sup>48</sup> Cfr. M. MANETTI, *Quell'oscuro oggetto del desiderio*, loc. ult. cit.

<sup>49</sup> Su cui ancora S. ROMANO, *Gli atti di un ramo del Parlamento e la loro pretesa impugnabilità dinanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato*, loc. ult. cit.

<sup>50</sup> Si evita, in questa prospettiva, la declaratoria di difetto assoluto di giurisdizione, cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 28 novembre 1985, n. 6943, *Diritto processuale amministrativo*, 1986, 270 ss.

<sup>51</sup> Cfr. la medesima ordinanza, in *Dir. proc. amm.*, cit., 291-292.

<sup>52</sup> Tale decisione sarà accettata da una giurisprudenza ultraventennale della Corte di Cassazione che tuttavia non riterrà di poter estendere alle pronunce rese da questi «specialissimi» giudici il rimedio previsto dall'art. 111, comma 7 Cost. Al tempo stesso, la pronuncia del 1985 origina una prima riforma dei regolamenti minori disciplinanti l'esercizio dell'autodichia per ovviare ai vizi più evidenti nella composizione e nel funzionamento degli organi giudicanti (il Consiglio di Presidenza del Senato, il 10 gennaio 1986, l'Ufficio di Presidenza della Camera il 28 aprile 1988). Su questa prima riforma, v. tuttavia in senso critico, F. G. SCOCA, *Operazione cosmetica per i giudici parlamentari*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1/1988, 491 ss.



I timori subito manifestati da un'attenta dottrina in ordine all'irrelevanza dei limiti costituzionali di competenza all'autonomia normativa delle Camere si rivelano inoltre fondati<sup>53</sup>: grazie all'approvazione di nuovi regolamenti minori, l'ambito applicativo della giurisdizione domestica delle Camere si estende infatti a dismisura, andando ad includere anche gli aspiranti alle carriere parlamentari<sup>54</sup> e i privati che forniscano alle Assemblee beni o servizi (benché il nesso con l'indipendente esercizio delle funzioni politiche delle Camere sia – ad avviso di molti – indimostrato)<sup>55</sup>.

Una cesura indubbia rispetto alla tradizione che dovrebbe ispirare l'esplicarsi della giurisdizione domestica, in passato non estesa alla soluzione delle controversie con tali categorie di soggetti; la ricostruzione della riserva regolamentare a partire da un'inafferrabile «logica complessiva del sistema» comporta tuttavia il riconoscimento di un ruolo distinto ai regolamenti parlamentari e ne consente l'estensione a disciplinare (potenzialmente) qualunque ambito dell'ordinamento.

### 3. La legittimazione dell'autodichia nella giurisprudenza della Corte EDU e la successiva giurisprudenza nazionale.

La legittimazione dell'autodichia del Parlamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione non trova inizialmente riscontro in una presa di posizione analoga relativamente alla giurisdizione domestica della Presidenza della Repubblica che anzi entra a far parte dell'ordinamento del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica solo con i decreti presidenziali emanati nel 1996 (n. 81/N del 24 luglio 1996 e n. 89/N del 9 ottobre dello stesso anno)<sup>56</sup>.

In precedenza, l'autodichia della Presidenza della Repubblica è ritenuta più volte incostituzionale riconoscendosi, in particolare dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, la competenza del giudice amministrativo a giudicare sulle controversie in materia d'impiego dei dipendenti del Segretariato generale<sup>57</sup>.

Né tale orientamento è rivisto in seguito alla [sentenza n. 129/1981](#) della Corte costituzionale che, com'è noto, nega la spettanza alla Corte dei Conti del potere di sottoporre a giudizio contabile, sia i tesorieri di Camera e Senato che quello della Presidenza della Repubblica; ancora nella sentenza n. 3422 del 10 maggio 1988, le Sezioni unite civili della Corte di Cassazione riconoscono senza incertezze che le controversie inerenti al rapporto di pubblico impiego del personale della Presidenza della Repubblica «non si sottraggono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo», in

---

<sup>53</sup> Si consente infatti al regolamento parlamentare di «uscire dalla presunta riserva attinente all'organizzazione interna delle Assemblee, debordando nella competenza della legge, fondata su riserve assai meno opinabili», così G. G. FLORIDIA, *Finale di partita*, in nota a Corte di Cassazione, SS. UU. n. 6943, in *Diritto processuale amministrativo*, cit., 290.

<sup>54</sup> Su cui recentemente v. un'altra celebre ordinanza della Corte di Cassazione, SS. UU. civili, n. 11019/2004.

<sup>55</sup> Dal 1998 la Camera e dal 2005 il Senato estendono la competenza dei propri organi di autodichia anche alle controversie relative ai contratti di fornitura di cui lo stesso regolamento della Camera dei Deputati riconosce l'assenza di un legame stretto con le c.d. funzioni primarie prevedendo «l'affidamento a soggetti estranei alla Camera di attività non direttamente strumentali all'esercizio di funzioni parlamentari», e assoggettando alla giurisdizione domestica «qualsiasi impugnativa, anche presentata da soggetti estranei alla Camera, avverso gli atti di amministrazione della Camera medesima». Per una ricostruzione compiuta dell'evoluzione della normazione “minore” in materia di giurisdizione domestica delle Camere relativa ai rapporti con soggetti estranei, v. da ultimo, A. LO SACCO, *Autodichia degli organi costituzionali. Fondamenta e prassi*, Napoli, Jovene, 2018, 33 ss.

<sup>56</sup> In particolare, il decreto n. 81/N elimina il carattere meramente eventuale dell'autodichia presidenziale, creando un «doppio grado di cognizione con specifica regolamentazione procedurale e nell'intento di istituire una sede decisoria tecnica, imparziale e stabile», cfr. ampiamente, F. SALVADORI, *Spunti di riflessione sull'autonomia del Segretario generale della Presidenza della Repubblica*, in M. BONI (a cura di), *L'autonomia degli organi costituzionali alla prova delle riforme. Il ruolo della dirigenza*, Roma, Corte costituzionale, 2015, 19 ss.

<sup>57</sup> Cfr. Corte di Cassazione, SS. UU. civili, 5 agosto 1975, n. 2979 che cita a sostegno il Regolamento sullo stato giuridico del personale del segretariato generale, D. P.R. 19 dicembre 1968, n. 63, di attuazione dell'art. 4, comma 1, L. 1077/1948, in quanto riconosce natura meramente amministrativa ai rimedi previsti avverso i provvedimenti relativi al personale.

quanto «difettano disposizioni di deroga alla suddetta giurisdizione in favore di organi interni della Presidenza della Repubblica»<sup>58</sup>.

La Presidenza della Repubblica manifesta peraltro «una sorta di tacita acquiescenza» rispetto al menzionato orientamento giurisprudenziale<sup>59</sup>, particolarmente significativa se letta in rapporto al tenore letterale dell'art. 2 del D. P.R. 29 febbraio 1980, n. 31, alla luce del quale la strada del rimedio interno avverso i provvedimenti riguardanti il personale è percorribile solo se nei confronti di quello stesso atto o provvedimento non sia stato presentato ricorso al giudice amministrativo.

La ridefinizione del ricorso interno come vera e propria ipotesi di autodichia avviene dunque solo nel 1996<sup>60</sup>, quando si crea «un doppio grado di cognizione con specifica regolamentazione procedurale» che esclude qualsivoglia possibilità di accesso ai giudici dello Stato<sup>61</sup>.

In seguito all'adozione dei decreti nn. 81 e 89 del 1996, l'orientamento della Corte di Cassazione non muta invero in modo immediato; ancora nel 1998, sempre in una pronuncia resa in sede di regolamento di giurisdizione, le Sezioni unite civili riaffermano l'illegittimità costituzionale del meccanismo volto a sottrarre a qualunque giudice dello Stato (ordinario o amministrativo) la cognizione delle controversie insorte con i dipendenti<sup>62</sup> e, negandone il carattere di necessario implicato della posizione di autonomia e indipendenza degli organi costituzionali», apertamente si schierano in favore di una rilettura del principio di divisione dei poteri protesa a garantire «... forme di reciproco controllo» più che l'impenetrabilità assoluta tra i vari organi e le funzioni esercitate<sup>63</sup>.

Senonché, la circostanza che l'istituto sopravviva all'interno delle Camere è destinata ad esplicare un'efficacia condizionante inarrestabile.

Risulta decisiva in questa direzione la proposizione di un ricorso alla Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in ragione del diniego di giustizia operato dai giudici nazionali nei confronti dei dipendenti delle Camere dei deputati e di vari candidati ad un concorso per assistenti parlamentari esclusi dalle prove orali (da cui si lamenta la violazione dell'art. 6 CEDU).

All'esito dello stesso, il Governo italiano resistente non è condannato infatti per la negazione radicale del diritto al giudice avvenuta nel nostro ordinamento ma, più limitatamente, per la carenza di imparzialità oggettiva dell'organo camerale competente a decidere la controversia in grado di

---

<sup>58</sup> Su tale pronuncia, v. da ultimo, L. CASTELLI, *Il "combinato disposto" delle sentenze n. 213 e n. 262 del 2017 e i suoi (non convincenti) riflessi sull'autodichia degli organi costituzionali*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 1/2018, 21 febbraio 2018, 23-24.

<sup>59</sup> Rileva infatti F. GARELLA, *L'autonomia amministrativa degli organi costituzionali e le fonti relative ai loro apparati*, in C. D'ORTA-F. GARELLA (a cura di), *Le amministrazioni degli organi costituzionali. Ordinamento italiano e profili comparati*, Laterza, Bari, 1997, 50, che non sono proposti conflitti di attribuzione avverso le sentenze del giudice amministrativo che risolvono le controversie della Presidenza con i propri dipendenti.

<sup>60</sup> Con il decreto presidenziale n. 81/N del 24 luglio 1996, art. 1, commi 1 e 2.

<sup>61</sup> Così, più tardi, Corte di Cassazione, SS. UU., 17 marzo 2010, n. 6259 (*Varano c. Presidenza della Repubblica*), che riconosce nell'organo giudicante «una sede decisoria tecnica, imparziale e stabile».

<sup>62</sup> In particolare, si ribadisce quanto affermato nella decisione n. 2979/1975 e la tesi difensiva esposta dalla Presidenza della Repubblica a sostegno dell'autodichia viene rigettata «essendo manifestamente in contrasto con i principi di diritto *desumibili dall'intero sistema costituzionale*», che non consente «che a particolari categoria di cittadini possa restare precluso il potere di disporre degli ordinari strumenti di giustizia» (cfr. Cass., SS. UU., civili, 17 dicembre 1998, n. 12614).

<sup>63</sup> Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, ordinanza n. 12614/1998 che, smentendo anche l'ordinanza n. 6943/1985 (successiva alla [sentenza della Corte costituzionale n. 154/1985](#)), ricorda che i dubbi di legittimità costituzionale prospettati sono rimasti irrisolti alla luce della pronuncia di inammissibilità impiegata dalla Corte costituzionale in quell'occasione. Nel seguito dell'ordinanza pertanto si legge: «a) è lecito dubitare che l'autodichia costituisca un necessario implicato della posizione di autonomia ed indipendenza degli organi costituzionali; b) è arduo sostenere che, vigendo una Costituzione scritta, un principio implicito o una norma inespressa, possa di per sé porsi in vittorioso contrasto con un principio fondamentale esplicito; c) l'autodichia nelle controversie concernenti il personale non è sorretta da una "uniforme tradizione", anzi la tradizione è in senso inverso».

appello (la Sezione giurisdizionale dell'Ufficio di Presidenza), giacché i componenti di quest'ultimo fanno parte anche dell'organo che adotta i provvedimenti censurati (l'Ufficio di Presidenza)<sup>64</sup>.

Le ricadute di una pronuncia che non esclude il fondamento legale dell'istituto (ritenendo lo stesso soddisfatto da una disciplina adottata con regolamenti minori anziché con legge) né ritiene carente la terzietà dell'organo rispetto alla controversia sono dirompenti.

Non solo la sentenza della Corte di Strasburgo (sul caso *Savino*) origina una revisione dei regolamenti minori di Camera e Senato che - come vedremo a breve - accentua la pretesa degli organi camerali di configurarsi come veri e propri giudici, ma la stessa autodichia sulle controversie di lavoro dei dipendenti della Presidenza della Repubblica (finora ritenuta incostituzionale) è dichiarata, dopo circa un anno, pienamente legittima dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, finora attestata su ben diversa posizione<sup>65</sup>.

Il rilievo esclusivo riconosciuto dalla giurisprudenza europea al profilo dell'imparzialità oggettiva dei giudici interni rende agevole del resto il *révirément* della Corte di Cassazione, ché gli organi di autodichia della Presidenza della Repubblica sono interamente composti da magistrati nominati con decreto presidenziale su designazione dei rispettivi organi giudiziari<sup>66</sup>; la sede decisoria prescelta può essere così facilmente ritenuta idonea a garantire «le condizioni di «precostituzione, imparzialità e indipendenza» richieste dalla Corte EDU<sup>67</sup>.

A dodici anni di distanza dall'ultimo precedente<sup>68</sup>, la Corte di Cassazione cambia opinione senza confutare le ragioni poste a fondamento del precedente contrario<sup>69</sup>; dirimente è la sopravvenienza della sentenza del giudice europeo che, discutibilmente interpretata, consente di accettare anche l'esercizio dell'autodichia presidenziale.

Cambio di rotta radicale quanto discutibile, dal momento che il carattere minimale dello *standard* di riferimento assunto dalla Corte EDU per verificare la non avvenuta violazione dell'art. 6 CEDU è funzionale a salvaguardare il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati membri nell'attuazione della Convenzione e non a precludere l'operatività delle norme costituzionali nazionali<sup>70</sup>.

La motivazione dell'ordinanza n. 6529 del 2010 della Corte di Cassazione non si sofferma tuttavia su questi aspetti, né sulla circostanza che la disciplina dell'organizzazione e funzionamento del potere giudiziario sono riservati in via assoluta alla legge (art. 108 Cost.); essa si limita ad assumere

---

<sup>64</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 28 aprile 2009, n. 14, *Savino e a. c. Italia*, ribadita di recente da Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 13 aprile 2017, *Fasan e a. c. Italia*, (ric. 36974/11), in cui si riafferma il carattere giurisdizionale degli organi di autodichia e se ne riconosce la competenza a conoscere anche le controversie scaturenti dalla violazione del diritto alla ragionevole durata del processo (v. punto 21 della motivazione).

<sup>65</sup> Sul contenuto delle riforme dei regolamenti parlamentari, in quanto diretto a migliorare l'imparzialità della Commissione giurisdizionale della Camera dei deputati (organo competente in I grado per le sole controversie d'impiego del personale dipendente), v., subito, C. FASONE, *L'autodichia delle Camere dopo il caso Savino. Una condanna (lieve) da parte della Corte di Strasburgo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, 1074 ss.; e G. MALINCONICO, *I "codici di procedura" dell'autodichia della Camera dopo la decisione n. 14/2009 della Corte europea dei diritti dell'uomo: guida alla lettura delle modifiche dei regolamenti di tutela giurisdizionale*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), n. 22/2009, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it); nonché, da ultimo, L. CASTELLI, *Il "combinato disposto" delle sentenze n. 213 e n. 262 del 2017 e i suoi (non convincenti) riflessi sull'autodichia degli organi costituzionali*, in [OsservatorioAIC](http://OsservatorioAIC), cit., specie 7 ss. e A. LO SACCO, *op. ult. cit.*, 27 ss.

<sup>66</sup> Il sistema di decisione del contenzioso riguardante la Presidenza della Repubblica e i propri dipendenti è inoltre modificato, già prima della decisione della Corte EDU relativa a *Savino e a. c. Italia*, con decreto presidenziale 30 dicembre 2008, n. 34/N, ridisegnando la composizione del collegio giudicante per rafforzare indipendenza e imparzialità dell'organo di autodichia. Sul contenuto puntuale di tali modifiche (da ultimo avallato anche dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 262/2017](http://www.cortecostituzionale.it)), cfr. L. CASTELLI, *Il "combinato disposto"*, cit., 26 ss.

<sup>67</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Savino*, cit., paragrafo 92 della motivazione.

<sup>68</sup> Il riferimento è a Cass. SS.UU. civili, sentenza 17 marzo 2010, n. 6259 (mentre il precedente è costituito dall'ordinanza delle Sezioni Unite n. 12614/1998).

<sup>69</sup> Così F. G. SCOCA, *Autodichia e Stato di diritto*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1/2011, 25 ss.

<sup>70</sup> Recita infatti il paragrafo 92 della sentenza *Savino*: «Non si tratta di imporre agli Stati un dato modello costituzionale che regoli in un modo o in un altro i rapporti e l'interazione tra i vari poteri statali. La scelta del legislatore italiano di preservare l'autonomia e l'indipendenza del Parlamento, riconoscendogli l'immunità di fronte alle giurisdizioni ordinarie, non potrebbe costituire di per sé oggetto di contestazione davanti alla Corte».

l'esistenza dell'autodichia, verificando semplicemente che i regolamenti del 1996 disciplinino la tutela dei dipendenti del Segretariato generale in modo da non creare «una categoria di cittadini-lavoratori dotati di tutela debole»<sup>71</sup>.

La pronuncia sul caso *Savino* è destinata del resto ad incidere anche sulla successiva giurisprudenza costituzionale che, con la [sentenza n. 120/2014](#), proietta sull'autodichia l'*imprimatur* della Corte di Strasburgo.

Dall'esclusione del carattere meramente interno dei regolamenti parlamentari e dalla sottoposizione degli stessi, in quanto fonti dell'ordinamento generale, «agli ordinari canoni interpretativi, alla luce dei principi e delle disposizioni costituzionali che ne delimitano la sfera di competenza» si desumono infatti conseguenze «nuove».

A dispetto di quanto in genere discende dalle norme costituzionali istitutive di una riserva di competenza normativa, gli artt. 64 e 72 Cost. sono intesi come parte di un ampio statuto di garanzia in cui ricadono non solo la disciplina di «vicende e (...) rapporti che ineriscono alle funzioni primarie delle Camere» ma il momento applicativo delle stesse norme regolamentari, che comporta «di necessità, la sottrazione a qualsiasi giurisdizione degli strumenti intesi a garantire il rispetto del diritto parlamentare»<sup>72</sup>.

Una precisazione significativa, se si ricorda che, nella [sentenza n. 154 del 1985](#), la Corte costituzionale, dopo aver sostanzialmente aderito al «dubbio» del giudice *a quo* «sulla compatibilità dell'autodichia delle Camere con i principi costituzionali in tema di giurisdizione («anche sulla base di principi contenuti in convenzioni internazionali»), «salva» l'autodichia solo grazie alla ritenuta insindacabilità dei regolamenti parlamentari, certamente argomentata in ragione della «precedenza attribuita dal testo costituzionale al Parlamento»<sup>73</sup>, ma testualmente riferita ai soli regolamenti previsti dall'articolo 64, primo comma della Costituzione, «cioè quelli adottati direttamente dall'Assemblea di ognuna delle due Camere a maggioranza assoluta dei suoi componenti»<sup>74</sup>.

Come siano andate le cose in seguito, tuttavia, è storia nota, ché, l'insindacabilità dei regolamenti parlamentari maggiori ha impedito per un verso di verificare se le norme da questi dettate effettivamente istituissero l'autodichia e su quali categorie di rapporti<sup>75</sup>, concorrendo per l'altro a consolidare l'esercizio della giurisdizione domestica sia rispetto alle controversie con i dipendenti che in relazione ad altre ipotesi.

La [sentenza n. 120/2014](#) dev'essere letta dunque in questa prospettiva, tanto che nella stessa si affronta unicamente la questione dei confini opponibili all'estensione dell'istituto, demandandosi al conflitto tra poteri dello Stato il compito di accertare in concreto l'esistenza di un *nesso funzionale* tra giurisdizione domestica delle Camere e indipendente esercizio delle funzioni primarie del Parlamento, in quanto l'indipendenza delle Camere non può compromettere i diritti fondamentali o l'attuazione di principi inderogabili.

Sulle ragioni per cui i regolamenti parlamentari, tuttora insindacabili in sede di giudizio di legittimità costituzionale, divengano assoggettabili ad un controllo esterno in sede di conflitto interorganico, il giudice costituzionale invero non indugia, benché una questione di superamento dei

<sup>71</sup> Sulla nozione di giudice implicitamente assunta dalla Corte EDU e sulla non operatività della stessa nel nostro ordinamento è ritornato di recente, F. G. SCOCA, *L'autodichia "costituzionalizzata" e il nuovo sistema delle tutele*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1/2018, 22-23.

<sup>72</sup> Cfr. Corte costituzionale, [sent. n. 120/2014](#), par. 4.3. del *Considerato in diritto*. Emblematico il richiamo operato in sentenza alle [pronunce della Corte costituzionale sentt. n. 379/1996](#) e [129/1981](#).

<sup>73</sup> Così Corte costituzionale, [sentenza n. 154/1985](#), par. 5.1, che qualifica altresì il Parlamento come organo posto «al centro del sistema» e «istituto caratterizzante l'ordinamento».

<sup>74</sup> Cfr. Corte costituzionale, [sentenza n. 154/1985](#), par. 4.3.

<sup>75</sup> Nel senso di ritenere l'art. 12 R. S. eccessivamente generico, così da non potersi desumere la giurisdizione domestica del Senato sui rapporti con soggetti terzi, v. da ultimo due recenti sentenze della I Sezione del TAR Lazio, nn. 9268/2018 e 9134/2019 (su cui ritornerò nel seguito di questo scritto) e in dottrina, ancora F. G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 3, secondo cui nel Regolamento del Senato «non era (e non è) affatto evidente anche nella sua attuale formulazione, che sia stato stabilito un sistema di autodichia: è solo partendo dal presupposto che l'autodichia gli spetti comunque, in ragione della sua autonomia normativa che, in sede di interpretazione, (estensiva, anzi innovativa) si può giungere a ritenere che tale regolamento l'abbia prevista».

confini dell'autonomia normativa dovrebbe poter essere prospettata anche in sede di giudizio di legittimità costituzionale.

L'impossibilità di includere i regolamenti parlamentari nel novero degli atti che l'art. 134 Cost. indica come sindacabili è semplicemente ribadita, richiamando «la consolidata giurisprudenza» della stessa Corte, alla luce della quale la riserva di competenza prevista dagli artt. 64 e 72 Cost. non consente (*recte*: non consentirebbe) di considerare i regolamenti parlamentari tra gli atti con forza di legge.

Problema, quest'ultimo, di non poco momento, su cui la dottrina costituzionalistica degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso ha lungamente dibattuto<sup>76</sup>.

Non ritornerò in questa sede sui concetti di forza e valore di legge, né sugli argomenti spesi a sostegno dell'idea che la forza di legge non coincide biunivocamente con la reciproca abrogabilità tra la legge e la fonte di cui si tratta<sup>77</sup>.

Mi limiterò a ricordare che, diversamente da quanto affermato, il fatto che una fonte (il regolamento parlamentare) sia abilitata dalla Costituzione a sostituirsi alla legge nella disciplina delle materie ad essa riservate può (*recte*: potrebbe) essere ritenuto indice rivelatore della forza di legge della fonte riservataria e non elemento idoneo ad escludere tale caratteristica<sup>78</sup>.

Il giudice costituzionale giunge tuttavia ad altra conclusione e, sovrapposta la riserva di competenza normativa prevista dalla Costituzione per le fonti di autonomia degli organi costituzionali in materia di organizzazione e disciplina delle funzioni, al principio di insindacabilità degli *interna corporis* (di cui l'autodichia costituisce conseguenza) continua ad accogliere un'impostazione in cui la volontà di definire la posizione della Corte costituzionale rispetto alle Camere prevale sul dovere di argomentare la ritenuta insindacabilità di tali atti normativi, benché gli stessi siano ormai inseriti nel sistema delle fonti dell'ordinamento generale<sup>79</sup>.

#### 4. *Segue.*

È stato correttamente rilevato che la prospettiva accolta dalla Corte costituzionale non comporta l'affermazione della *grande regola* dello Stato di diritto, ma «un compromesso (auspicabilmente transitorio) tra le ragioni della tradizione e quelle della Costituzione, che l'autodichia non contempla»<sup>80</sup>.

La scelta di consentire il sindacato sulle disposizioni regolamentari solo in sede di conflitto tra poteri dello Stato risponde infatti all'esigenza di preservare l'autonomia delle Camere in fase di adozione e applicazione, (anche in sede contenziosa), delle norme regolamentari disciplinanti

<sup>76</sup> Sul punto, con ampiezza di argomenti e indicazioni bibliografiche relative al dibattito di quegli anni, v. S. PANUNZIO, *Sindacabilità dei regolamenti parlamentari, tutela giurisdizionale degli impiegati delle Camere e giustizia politica nello Stato costituzionale di diritto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1978, 256 ss.

<sup>77</sup> Sui diversi criteri alla luce dei quali, nel sistema delle fonti attualmente vigente in Italia, può avvenire l'equiparazione alla legge degli altri atti normativi e sulle implicazioni scaturenti dall'applicazione degli stessi sul versante del regime (o trattamento) giuridico dell'atto, per tutti, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, III ed. cit., 73 ss.

<sup>78</sup> In questa prospettiva, richiamando il doppio criterio enunciato da Crisafulli per individuare un atto con forza di legge, anche G. G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare*, cit., 209 e, ribadendo posizioni espresse da tempo, F. SORRENTINO, *Le fonti*, III ed., cit., 157.

<sup>79</sup> Cfr. [Corte costituzionale, sentenza n. 120/2014](#), par. 4.2. In questo senso, anche M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere (bel oltre i regolamenti parlamentari e l'autodichia)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2014, 2103 ss., 2105, che sottolinea altresì: «I motivi per i quali i regolamenti parlamentari stentano ad acquisire natura di fonti dell'ordinamento generale e/o natura di parametro della costituzionalità formale delle leggi ... sono oggi di natura ben diversa, e risiedono nell'equilibrio che bisogna assicurare tra le ragioni della maggioranza e quelle delle minoranze, pur conservando la elasticità indispensabile al funzionamento delle Assemblee».

<sup>80</sup> Così ancora M. MANETTI, *La Corte costituzionale ridefinisce l'autonomia delle Camere*, loc. ult. cit.

l'organizzazione interna e la disciplina del procedimento legislativo, per la parte non direttamente regolata in Costituzione.

Certamente, nella [sentenza n. 120/2014](#), l'estensione della giurisdizione domestica ai «rapporti di lavoro dei dipendenti e (ai) rapporti con i terzi» rimane «questione controversa che, in linea di principio, può dar luogo ad un conflitto tra poteri»; le premesse in virtù delle quali la prevalenza «del regime giurisdizionale cui sono normalmente sottoposti, nel nostro sistema costituzionale, tutti i beni giuridici e tutti i diritti» è destinata a cedere alle ragioni dell'autonomia/indipendenza delle Camere possono dirsi tuttavia già poste e l'inserimento dell'articolo 108 Cost. (contenente una riserva assoluta di legge in materia di organizzazione della giurisdizione), tra i principi inderogabili assicurati dalla funzione di garanzia della Corte costituzionale, riequilibra solo in parte il bilanciamento tra le ragioni dell'autonomia delle Camere e quelle della legalità/giurisdizione, in quanto operato al fine di offrire alle Camere la possibilità di revisionare con legge le regole di organizzazione e funzionamento dei giudici interni.

Né può essere diversamente, ché la pronuncia costituisce risposta alla sentenza della Corte EDU sul caso *Savino*; sicché, per un verso si richiama il ruolo della legge (con le garanzie strutturali che questa comporta) nella disciplina dell'organizzazione dei tribunali, per altro aspetto si accoglie l'idea che gli organi di autodichia siano un tribunale in senso materiale, riconducibile all'orbita delle giurisdizioni preesistenti alla Costituzione (*limitatamente ai rapporti con i dipendenti*) suscettibili di revisione ai sensi della VI disposizione transitoria e finale.

Approccio non smentito dalla successiva [sentenza n. 213/2017](#) in cui il giudice costituzionale, valorizzando l'assenza (nella propria giurisprudenza) di una nozione di indipendenza riferibile a tutte le magistrature, dopo aver riconosciuto senza particolari limiti «la legittimazione della Commissione giurisdizionale della Camera dei Deputati a sollevare l'incidente di costituzionalità»<sup>81</sup>, estende l'autodichia alla soluzione delle controversie riguardanti i dipendenti in pensione<sup>82</sup>.

Rispetto a queste sentenze, le conclusioni raggiunte dalla più recente [sentenza n. 262/2017](#) sono dunque, per un verso, prevedibili - ché, nella decisione del conflitto prospettato dall'autorità giudiziaria nei confronti delle Camere (seguendo le indicazioni contenute nella [sentenza n. 120/2014](#)), la Corte costituzionale individua il solo limite dell'autonomia camerale nel non potersi ricorrere alla «potestà normativa ... per disciplinare i rapporti giuridici con *soggetti terzi* (rispetto ai dipendenti degli apparati serventi) (o) per riservare agli organi di autodichia la decisione di eventuali controversie che ne coinvolgano situazioni soggettive ...»<sup>83</sup> -, per altro aspetto deludenti, in quanto,

---

<sup>81</sup> In particolare, la qualità di giudice *a quo* alla Commissione giurisdizionale è riconosciuta «ai sensi dell'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1 e dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 in quanto organo chiamato a svolgere in posizione *super partes* funzione giurisdizionale per la decisione di controversie per l'obiettiva applicazione della legge». Nella specie si tratta di controversie insorte tra Camera dei deputati e pensionati suoi ex dipendenti, nell'ambito delle quali La Commissione giurisdizionale della Camera dei Deputati (organo di primo grado) ritiene di non poter sindacare direttamente la legittimità costituzionale di una deliberazione parlamentare «se non altro perché, almeno sotto il profilo sostanziale, nel caso di specie l'identità del contenuto precettivo della delibera e di quello dei menzionati commi 486 e 487 comporterebbe l'innammissibile svolgimento di fatto, da parte di questo giudice, di funzioni che costituiscono prerogative della Corte costituzionale; alle cui valutazioni, in materia di legittimità costituzionale delle leggi, questo giudice è invece tenuto a conformarsi al pari di ogni altro giudice». In questo atteggiamento può intravedersi dunque il tentativo di ribadire la propria natura giurisdizionale. Né può dirsi che le aspettative della Commissione giurisdizionale rimettente rimangano frustrate nel caso specifico, dal momento che la Corte costituzionale alla stessa riconosce la qualifica di giudice *a quo* senza precisazioni di sorta, così L. CASTELLI, *op. ult. cit.*, 16 che richiama altresì (a sostegno della specialità del giudice) diverse sentenze della Corte di Cassazione, cfr. Cass. 27 luglio 2004, n. 14085; e già Cass. 10 aprile 1986, n. 2546; e Cass. SS. UU., ord. 19 dicembre 2014, n. 26936. Sul rapporto tra la [sentenza n. 262](#) e la [sentenza 213 del 2017](#), ampiamente, A. LO CALZO, *Il controllo di legittimità costituzionale degli atti normativi interni di Camera e Senato (a margine della sent. n. 213 del 2017 della Corte costituzionale)*, in questa *Rivista, Studi 2018/I*, 27 ss., specie 31.

<sup>82</sup> Cfr. [Corte costituzionale, sent. n. 213/2017](#), specie par. 6 del *Considerato in diritto*, su cui, tra gli altri, v. R. DICKMANN, *La Corte costituzionale consolida l'autodichia degli organi costituzionali*, in [Federalismi.it](#), 20 dicembre 2017, n. 24/2017, specie 6.

<sup>83</sup> Cfr. ancora il paragrafo 7.2 del *Considerato in diritto*.

negata l'appartenenza all'organizzazione giudiziaria dei giudici domestici, si esclude la proponibilità avverso le decisioni adottate del ricorso in cassazione *ex art. 111, comma 7, Cost.*

Il fine è tenere la giurisprudenza interna delle Camere (e della Presidenza della Repubblica) al riparo dalla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, aggravando tuttavia i dubbi sulla costituzionalità di un istituto che nessuno ha intenzione di inquadrare nel sistema di giudici previsto dalla Carta repubblicana<sup>84</sup>.

Né persuade, in termini di coerenza argomentativa, l'esclusione dell'autodichia con riguardo alle controversie insorte con soggetti "terzi", in quanto fondata sul dato formale del non inquadramento dei soggetti interessati nel ruolo dei dipendenti degli apparati serventi e «benché tali controversie possano avere ad oggetto rapporti non estranei all'esercizio delle funzioni dell'organo costituzionale»<sup>85</sup>.

Essa infatti collide con quanto affermato dallo stesso giudice costituzionale per legittimare l'autodichia e cioè che l'autonomia applicativa non attiene unicamente all'amministrazione dei beni rientranti nella dotazione di ciascun organo, ma è finalizzata a «consentire un libero ed efficiente esercizio delle proprie funzioni, garantendo in tal modo la loro indipendenza ... rispetto ad altri poteri dello Stato»<sup>86</sup>.

La questione dei limiti dell'autonomia (normativa e applicativa) delle Camere è del resto risalente e complessa e imporrebbe a questo punto di ripercorrere l'ampio dibattito sul significato della riserva normativa di competenza disposta in favore dei regolamenti parlamentari<sup>87</sup>.

Non è possibile procedervi in questa sede; mi limiterò tuttavia a ricordare quella che ritengo essere la razionalizzazione più compiuta dei problemi connessi, dovuta alle riflessioni di quanti considerano solo l'art. 72 Cost. (e l'art. 12, l. cost. 1/1953) come istitutivo di una riserva *esclusiva* di competenza in favore dei regolamenti parlamentari, interpretando invece l'articolo 64 Cost. come norma meramente *autorizzativa*, a disposizione delle Camere al fine di attuare/integrare il dettato

<sup>84</sup> In questo senso già F. G. COCA, *L'autodichia costituzionalizzata*, cit., 22-23, che critica la posizione assunta dalla Corte costituzionale in quanto la stessa induce a ritenere che gli organi interni di giustizia, a dispetto delle regole sulle incompatibilità e le necessarie competenze tecniche abbiano la possibilità di decidere le controversie inerenti il rapporto di lavoro in senso favorevole ad uno dei contendenti. È emblematico inoltre che, a poco più di un mese dalla decisione in discorso, la stessa Corte costituzionale abbia sostanzialmente riscritto il proprio regolamento per i ricorsi in materia di impiego del personale, probabilmente perché ritenuto non rispondente ai criteri individuati per legittimare l'autodichia (sulle scelte in concreto adottate, cfr. G. D'AMICO, *La Corte adegua la sua autodichia alla «propria» giurisprudenza ma fino a che punto?*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 478 ss., 479).

<sup>85</sup> Cfr. Corte costituzionale, [sentenza n. 262/2017](#), par. 7.2. Nell'escludere dall'ambito operativo della giurisdizione domestica tutte le controversie insorte tra organi costituzionali e soggetti terzi che, «pur potendo avere ad oggetto rapporti non estranei all'esercizio delle funzioni dell'organo costituzionale, non riguardano in principio questioni puramente interne ad esso», la sentenza non riconosce infatti rilievo alla circostanza che molte attività svolte da tali apparati sono suscettibili di essere esternalizzate (previo svolgimento di apposite gare) e che rispetto ad esse dovrebbe distinguersi, di volta in volta, se le controversie riguardino o non l'esercizio di funzioni primarie.

<sup>86</sup> Ancora Corte costituzionale, [sentenza n. 262/2017](#), par. 7.2. Le implicazioni della [sentenza n. 262/2017](#) sono state recentemente dedotte, in due diverse occasioni, dal TAR del Lazio (sez. I, sent. 9268/2018 e nuovamente, Sez. I, sent. 9134/2019) che, in ragione della natura non meramente interna delle controversie insorte tra il Senato e le società affidatarie del servizio di facchinaggio ha affermato la propria giurisdizione a detrimento dell'organo di autodichia (sulla vicenda cfr. R. MICCÙ-M. FRANCAVIGLIA, *Autonomia gestionale e finanziaria delle Camere e controllo contabile: qualcosa di nuovo dal cuore antico*, in [Federalismi.it](#), n. 15, 31 luglio 2019, 3 ss., specie 17 ss.). Una netta cesura rispetto alla posizione assunta dallo stesso TAR in seguito all'approvazione del *Regolamento per la tutela giurisdizionale non concernente i dipendenti* che, approvato nel 1998 ai sensi dell'art. 12 del Regolamento maggiore, estende l'autodichia ai «ricorsi e qualsiasi impugnativa, anche presentata da soggetti estranei alla Camera, avverso gli atti di amministrazione della Camera medesima» (art. 1). In seguito all'entrata in vigore dello stesso, infatti, in più occasioni, il TAR declina la propria giurisdizione sulle controversie scaturenti da procedure di aggiudicazione di servizi a soggetti esterni ai due rami del Parlamento (cfr. TAR Lazio, I Sez., 21 dicembre 1999, n. 3863 e TAR Lazio, I sez., 4 febbraio 2000, n. 698, su cui v. le riflessioni critiche di F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, I ed., Torino, Giappichelli 2001, 214 ss.).

<sup>87</sup> In questa prospettiva gli studi meritevoli di citazione sono molteplici e alcuni di essi sono richiamati nel prosieguo di questo scritto; per ora mi limito per ora a ricordare che il richiamo dello studioso di diritto costituzionale al dovere di rivendicare la propria autonomia scientifica è in G. G. FLORIDIA-F. SORRENTINO, *Regolamenti parlamentari*, in *Enciclopedia giuridica*, estratto dal volume XXVI della *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana fondata da G. Treccani, 1991, 11.

costituzionale per garantire a sé medesime una sfera di autodeterminazione in ordine alla propria organizzazione interna<sup>88</sup>.

Grazie a questa previsione, ciascuna Camera può infatti approvare norme «che non richiedono altro fondamento e non incontrano altro limite di validità che non sia la Costituzione stessa» estendendo la propria disciplina sia ad istituti storicamente rientranti nel diritto parlamentare che ad ambiti in passato non coperti da normazione monocamerale, se aventi evidente rilievo interno, così da adeguare il riparto di competenza con altri atti fonte (anzitutto con la legge) in ragione dello spontaneo attestarsi su diversi ambiti materiali e dell'evoluzione che certi istituti possono avere nel tempo<sup>89</sup>.

Specularmente, in ambiti non coperti da una riserva esclusiva, la legge successiva che incide su una preesistente disciplina regolamentare non è costituzionalmente illegittima ma può prevalere sulla fonte precedente se si ritiene prevalente l'esigenza di dettare una disciplina coordinata tra i due rami del Parlamento<sup>90</sup>.

Ritorno su quest'interpretazione dell'articolo 64 Cost. perché mi sembra offrire le soluzioni più convincenti ai problemi ingenerati dalle disposizioni regolamentari non immediatamente riguardanti la disciplina del procedimento legislativo ma che, in quanto inerenti l'«assetto e ... (il) funzionamento degli apparati serventi», esprimono l'essenza della potestà di auto-organizzazione delle Camere<sup>91</sup>.

Rispetto al diritto parlamentare “amministrativo” - un complesso di norme solo in parte dettate dai regolamenti maggiori e costituito anche da norme contenute in regolamenti minori, norme dettate da leggi ma recepite dai regolamenti suddetti e infine integrato da una serie di rinvii mobili a leggi vigenti<sup>92</sup>-, la lettura tradizionale della riserva di regolamento parlamentare (come riserva esclusiva di competenza) è infatti inappagante, ché, inteso l'art. 64 Cost. come istitutivo di una riserva assoluta di competenza anche in ambiti ulteriori rispetto a quello indicato dall'art. 72 Cost., non solo è precluso ai regolamenti maggiori demandare alla normazione minore la disciplina di una serie di oggetti (essendo preclusa dalla Costituzione la cessione ad altri atti dell'area riservata), ma gli stessi regolamenti minori non possono essere parificati ai regolamenti approvati a maggioranza assoluta perché sforniti delle caratteristiche formali previste dalla Costituzione.

Diversamente, l'interpretazione secondo cui l'art. 64 Cost. semplicemente autorizza l'intervento normativo delle Camere in ambiti “altri” rispetto a quelli riservati in via esclusiva, purché funzionali

---

<sup>88</sup> Così G. G. FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti del diritto*, cit., 325 ss.

<sup>89</sup> Cfr. ancora G.G. FLORIDIA-F.SORRENTINO, *Regolamenti parlamentari*, cit., 14 in cui si può leggere anche il virgolettato nel testo.

<sup>90</sup> In questi termini, con specifico riguardo alla riforma dei vitalizi, anche N. LUPO, *La disciplina dei vitalizi e della previdenza dei parlamentari: alcuni nodi relativi alle fonti del diritto*, in *Rivista AIC*, fasc. n. 3/2017, 6. *Contra*, tuttavia, nel senso di ritenere che la modifica per fonte differente determini un grave vizio formale, dando luogo ad un'anomala «cessione del monopolio parlamentare della materia», G. TESAURO, *Audizione informale dinanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione Affari Costituzionali del Senato - 26 settembre 2017- in relazione all'esame dei progetti di legge n. 2888 e connessi (abolizione dei vitalizi)*, I Commissione permanente (Affari costituzionali), XVII Legislatura, Comunicazione della seduta n. 510 del 26 settembre 2017, 1, (reperibile al [sito telematico del Senato](#)), nonché G. AZZARITI, *Testo dell'audizione resa il 28 settembre 2017 innanzi alla Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica nel corso dell'esame del ddl n. 2888 e connessi (abolizione dei vitalizi)*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3/2017, 5 ottobre 2017, p. 7 (cui si riferisce il virgolettato nel testo).

<sup>91</sup> In questo senso possono essere lette anche due recenti sentenze della I sezione del TAR Lazio (n. 9268/2018, non appellata, e n. 9134/2019) in cui il giudice amministrativo ha ritenuto di poter conoscere della legittimità di atti interni al Parlamento (relativi a procedure di affidamento in appalto di alcuni servizi) in ragione dell'assenza di un nesso funzionale tra indipendenza delle Camere e verifiche sul corretto svolgimento delle relative procedure. Sicché, vista la natura non esclusivamente interna della controversia, il TAR competente ha rilevato la ri-espansione della fonte legale, «alla cui applicazione esso è istituzionalmente preposto», così R. MICCÙ-M. FRANCAVIGLIA, *Autonomia gestionale e finanziaria*, cit., 19.

<sup>92</sup> Così già A. MANZELLA, *Art. 64*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Giuseppe Branca, *Le Camere*, II, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1986, 19 e più recentemente (con specifico riguardo ai regolamenti minori) R. DICKMANN, *La competenza dei regolamenti delle Camere come fonti del diritto. Questioni controverse e profili problematici*, in [Federalismi.it](#), n. 18/2018, 19 ss., nonché R. MICCÙ-M. FRANCAVIGLIA, *Autonomia gestionale e finanziaria*, cit., 7-8.



alla tutela dell'autonomia dell'organo e non invasivi delle attribuzioni spettanti ad altri organi costituzionali (a loro volta coperte da riserve di legge), ha il vantaggio di non imporre alle Camere la regolamentazione di aspetti organizzativi che esse ritengano di non dover "irrigidire" e consente l'adozione dei regolamenti minori, parificati, sul versante dell'efficacia innovativa, ai regolamenti previsti dall'articolo 64 Cost.

Né l'impostazione in discorso "svuota" di significato la potestà di auto-organizzazione spettante a ciascuna Camera in materia di regolazione dell'assetto degli apparati serventi in quanto nelle materie non riservate in via esclusiva alla legge o al regolamento i due atti possono insistere sui medesimi oggetti; la risoluzione di eventuali antinomie avverrà di volta in volta tenendo presente che la prima è fonte a competenza generale, la seconda fonte speciale *autorizzata* (dalla Costituzione) a porre una regolamentazione *propria* della Camera di appartenenza, ferma restando l'applicazione del criterio cronologico in caso di puntuale incompatibilità<sup>93</sup>.

L'individuazione della linea di confine tra legge e regolamento può avvenire così superando l'impostazione più risalente, che per un verso preclude un'adeguata sistematizzazione dei rapporti tra regolamenti maggiori e minori (oltre ad essere fonte di irrigidimento eccessivo del diritto parlamentare nel suo complesso), per l'altro non risolve le incertezze sul versante dell'individuazione degli oggetti di pertinenza esclusiva della normazione camerale; i limiti invalicabili dei regolamenti parlamentari risiedono semmai nel vincolo a regolamentare unicamente ciascuna Camera e in quello costituito dalle riserve di legge riguardanti in tutto o in parte l'organizzazione e il funzionamento degli altri organi costituzionali<sup>94</sup>.

*5. L'autodichia delle Camere alla luce del [parere n. 2016/2018 del Consiglio di Stato](#) sulla riforma dei vitalizi. Alcune contraddizioni ravvisabili nella scelta di riformare i criteri di determinazione dei vitalizi degli ex-parlamentari esclusivamente con regolamento minore.*

La sistemazione dei rapporti tra legge, regolamento maggiore e fonti parlamentari minori sommariamente ricordata<sup>95</sup> è ripercorsa anche dal [parere reso il 26 luglio 2018 dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato](#), interpellata dal Senato della Repubblica prima di procedere alla riforma della disciplina dei c.d. vitalizi spettanti ai parlamentari cessati dal mandato «con deliberazione adottata ai sensi dell'art. 12 del Regolamento del Senato, anziché con atto con forza di legge».

Chiamata a pronunciarsi sull'idoneità della fonte (un regolamento minore approvato con deliberazione del Consiglio di Presidenza del Senato)<sup>96</sup>, tale Commissione aderisce infatti all'idea

---

<sup>93</sup> Tale normazione è da ritenere "propria" di ciascuna Camera da un punto di vista soggettivo, perché relativa a sé medesima, ai propri componenti, ai propri apparati strumentali, e da un punto di vista oggettivo in quanto riguardante la disciplina dei comportamenti di quelli stessi soggetti nell'esercizio delle proprie attribuzioni.

<sup>94</sup> Inutilmente la dottrina costituzionalistica si è infatti impegnata a ricercare i criteri interpretativi implicitamente accolti dall'articolo 64 Cost.; non quello dell'*appartenenza organica* di certe materie all'auto-normazione di ciascuna Camera, né quello della spettanza tradizionale (si pensi all'avvenuta estensione della giurisdizione domestica), fermo restando che la ricostruzione della riserva regolamentare alla luce delle teorie autonomistiche nasce per argomentare il fondamento costituzionale del potere normativo delle Camere (e la sostanziale infungibilità della fonte regolamentare rispetto alla legge) anche in assenza di un riconoscimento espresso mentre quando la teoria è impiegata per delimitare l'estensione di tale potere impone di dimostrare una generalizzata e irrinunciabile correlazione tra disciplina regolamentare e un certo ambito materiale. In senso fortemente critico circa la co-essenzialità dell'autodichia alla tutela dell'autonomia delle Camere, anche di recente (riprendendo argomenti già spesi in scritti precedenti), F. G. SCOCA, *L'autodichia "costituzionalizzata" e il nuovo sistema delle tutele*, cit., 1 ss.

<sup>95</sup> Sul carattere problematico dell'ambito materiale di competenza riservato al regolamento parlamentare convengono da ultimo anche L. GIANNITI-N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, III ed., Bologna, Il Mulino 2018, 60-61.

<sup>96</sup> Il Senato, in seguito all'iniziativa del Consiglio di Presidenza di procedere anch'esso alla riforma dei vitalizi (seguendo l'esempio della Camera) ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sui seguenti quesiti: a) l'idoneità della fonte prescelte (un regolamento minore anziché la legge); b) la conformità a Costituzione di un intervento normativo *in peius*; c) il possibile insorgere di una responsabilità patrimoniale in capo ai componenti del Consiglio di Presidenza in seguito ad una eventuale declaratoria di incostituzionalità.

che l'autonomia normativa attribuita a ciascuna Camera dall'art. 64 Cost. per la disciplina dei profili complessivamente concernenti l'organizzazione e il funzionamento possa esercitarsi anche attraverso regolamenti minori di cui riconosce, rispetto alla legge ordinaria, il «... rapporto di formale equi-ordinazione e per altro verso di *specialità*, incentrato sul criterio della competenza».

Le argomentazioni addotte a sostegno di tale conclusione ribadiscono così che la riserva di competenza in favore dei regolamenti parlamentari opera come riserva assoluta solo con riguardo alla disciplina dell'*iter legis*, relativamente alla quale l'art. 72 Cost. prevede espressamente che la fonte regolamentare (approvata a maggioranza assoluta) sia insuscettibile «di surroga o sovrapposizione ad opera di leggi ordinarie».

Con riguardo alla disciplina degli altri rapporti inerenti all'organizzazione e al funzionamento delle Camere (e dunque anche con riguardo ai profili inerenti l'amministrazione interna), la riserva è intesa invece come criterio di attribuzione meramente preferenziale (ciò che parte della dottrina definisce come concorrenzialità tra regolamenti parlamentari e legge), sì che l'assetto dei rapporti tra legge e regolamento parlamentare (sia maggiore che minore) si atteggia in ragione dell'evolvere della realtà istituzionale e la scelta di una fonte o dell'altra dipende dal rilievo che si decide di dare alla necessità di coinvolgere, nell'adozione di determinate scelte, entrambi i rami del Parlamento.

Le possibili varianti del rapporto legge/regolamento parlamentare sono sintetizzate come segue:

(a) *riserva assoluta* in favore della fonte regolamentare (è il caso dell'art. 72 Cost. e 12, l. cost. 1/1953 che escludono l'intervento della legge nelle materie menzionate),

(b) *riserva (relativa)* di una certa materia alla legge, caso nel quale il legislatore potrà decidere di demandare ad un regolamento parlamentare l'esecuzione o l'attuazione/integrazione delle disposizioni di legge;

(c) infine, il caso in cui la Costituzione non formuli una espressa riserva; in quest'ultima ipotesi il regolamento parlamentare sarà da preferire quando si tratti di valorizzare spazi di autonomia normativa di una Camera senza coinvolgere l'altra, o diversamente da accantonare in favore della legge, quando si ritenga opportuno omogeneizzare discipline relative ad entrambi i rami del Parlamento.

Da premesse teorico-generalmente condivisibili (non necessità formale dello strumento regolamentare interno e «mera sufficienza o idoneità dello stesso a strutturare lo speciale regime e il particolare assetto normativo della materia»), la Commissione desume tuttavia una soluzione discutibile con riguardo alla materia esaminata e cioè che l'opzione per una fonte o per l'altra rientri nella discrezionalità delle Camere «senza (...) una preclusione per una concorrenza cumulativa *facoltativa*, che riservi in tesi alla legge i termini generali e i criteri di calcolo del trattamento<sup>97</sup>, rimettendone al regolamento - alla stessa stregua di quello che la legge n. 1261 del 1965 prevede per le indennità - la concreta quantificazione»<sup>98</sup>.

Essa opta dunque per la c.d. concorrenza alternativa tra legge e regolamento parlamentare che, non preclusiva di un'integrale opzione («funzionalmente autonomistica e storicamente avallata») per il regolamento interno, è concretamente rimessa all'apprezzamento dei due rami del Parlamento.

Senonché, nel riconoscere che si tratta di una scelta non «neutra (né) priva di implicazioni», la Commissione speciale aderisce all'idea consueta secondo cui l'opzione in favore del regolamento parlamentare «trascina» con sé l'esercizio della giurisdizione domestica, di fatto consentendo agli uffici interni di Camera e Senato di «disporre» del diritto alla tutela giurisdizionale con riguardo a

---

<sup>97</sup> Nel corso della XVII Legislatura del resto non sono mancati i tentativi di approvare tale legge (il d.d.l. nn. 2888 si è arenato in fase di esame al Senato benché già approvato dalla Camera). In sede di audizioni dinanzi alla Commissione Affari costituzionali, da più parti si era sottolineato infatti che, in virtù della riserva di legge prevista dall'articolo 69 Cost., l'assetto delle fonti nel settore è di tipo duale, spettando alla legge la disciplina di alcuni profili fondamentali dei c.d. vitalizi e potendo il regolamento parlamentare intervenire sul resto, in particolare sulle prescrizioni attinenti più da vicino alla sfera di autonomia delle Camere costituzionalmente garantita, così, seppure con alcune diversità di argomenti, M. LUCIANI, M. ESPOSITO, E. GIANFRANCESCO.

<sup>98</sup> Questa tesi era stata prospettata anche da M. LUCIANI, *Testo dell'audizione resa il 26 settembre 2017 innanzi alla Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica, nel corso dell'esame del disegno di legge n. 2888 e connessi (abolizione dei vitalizi)*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2017, 5 ss., 6.

rapporti giuridici la cui inerenza all'organizzazione delle Camere è dubbia, visto che le regole sostanziali dettate disciplinano la condizione giuridica di soggetti che con queste ultime non intrattengono più relazioni (gli *ex* parlamentari) o addirittura non le hanno mai avute<sup>99</sup>.

Non è dubbio ovviamente che la disciplina dei vitalizi sia stata finora dettata da una fonte regolamentare minore<sup>100</sup>, né che in una nota sentenza in materia (la n. [289/1994](#)) la Corte costituzionale abbia preso atto di tale circostanza<sup>101</sup>, ma tali elementi non sembrano sufficienti ad argomentare una competenza esclusiva del regolamento parlamentare; al contrario, preso atto della circostanza che i "terzi" costituiscono una «categoria di mobile delimitazione»<sup>102</sup>, la ripermetrazione dell'autodichia scaturente dalla [sentenza n. 262/2017](#) dovrebbe esplicitare specifica incidenza<sup>103</sup>.

Né a diverse conclusioni è possibile giungere se si accolgono le argomentazioni impiegate nelle due ordinanze della Corte di Cassazione ([nn. 18265](#) e [18266 dell'8 luglio 2019](#)), benché le stesse giustificano l'autodichia muovendo dal rapporto di continuità tra vitalizio e indennità parlamentare (intesa come trattamento economico erogato nei confronti di un soggetto, il parlamentare, a cui l'ordinamento riconosce uno specifico *status* concretizzabile in una serie di «poteri, competenze e garanzie»)<sup>104</sup>.

Nel sottrarre la disciplina dell'indennità all'autonomia normativa delle Camere, l'art. 69 Cost. formalizza, infatti, unitamente alla funzione garantista della riserva di legge, la volontà di escludere disparità di trattamento tra *status* dei senatori e *status* dei deputati in una materia che alla conformazione di quello *status* è direttamente connessa<sup>105</sup>; finalità da estendere anche alla *disciplina dei vitalizi* che, pur diversamente conformati nel tempo (di volta in volta accentuandosene la natura assicurativa o previdenziale) sono sostenuti da identità di *ratio* e finalizzati (durante il periodo successivo alla titolarità dell'ufficio di parlamentare) ad analoga funzione di riparazione per il temporaneo sacrificio arrecato alla capacità lavorativa di un deputato o senatore dallo svolgimento del mandato rappresentativo<sup>106</sup>.

Anche se si esclude che i percettori del vitalizio siano *terzi* rispetto all'istituzione parlamentare (cioè titolari di un diritto di credito cui si contrappone un'obbligazione paritaria e *lato sensu*

<sup>99</sup> Basta pensare ai titolari del trattamento di reversibilità, così E. GIANFRANCESCO, *La fine della XVII Legislatura e la questione dei vitalizi dei parlamentari*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2017, 887.

<sup>100</sup> Su questo aspetto si sofferma, in fase di audizioni innanzi alla Commissione Affari Costituzionali del Senato, anche G. AZZARITI, *Testo dell'audizione resa il 28 settembre 2017 innanzi alla Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica, nel corso dell'esame del disegno di legge n. 2888 e connessi (abolizione dei vitalizi)*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2017, 5 ottobre 2017, 7, *ibid.*

<sup>101</sup> In quell'occasione, rileva da ultimo G. VASINO, *Alcune riflessioni sulla "riforma" dei vitalizi parlamentari tra vecchie questioni e nuove criticità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 17 settembre 2018, specie 6, la Corte, chiamata a valutare la conformità agli articoli 3 e 53 della Costituzione del trattamento fiscale riservato ai vitalizi, «si concesse un breve *excursus* sull'origine dei trattamenti economici degli *ex* parlamentari e sulla base della loro natura *sui generis*, prendendo atto di come essi soggiacessero un regime speciale che trova il suo assetto non nella legge ma in regolamenti interni delle Camere».

<sup>102</sup> In questi termini si esprime il [parere 2016/2018 del Consiglio di Stato](#).

<sup>103</sup> Si legge del resto nello stesso parere che «al di fuori dell'area del procedimento legislativo ogni qual volta venga in rilievo una materia afferente all'attività dell'organo parlamentare, il regolamento (va inteso) come fonte preferita ma non riservataria». Non solo l'impiego della legge sarà inevitabile laddove si voglia rendere la disciplina adottata "sensibile" all'intervento di altri organi costituzionali o se sia ritenuto necessario uno specifico coordinamento tra di due rami del Parlamento, ma la stessa opzione in favore del regolamento non dovrà essere intesa come esclusiva, cfr. anche N. LUPO, *La disciplina dei vitalizi e della previdenza dei parlamentari: alcuni nodi relativi alle fonti del diritto*, in *Rivista AIC* n. 3/2017, 17 ottobre 2017, 6.

<sup>104</sup> Cfr. almeno N. ZANON, *Parlamentare (status del)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, UTET, 1995, 616 e D. NOCILLA, *Il libero mandato parlamentare*, in *Il Parlamento: atti del XV convegno annuale*, Firenze, 12-13-14 ottobre 2000, *Associazione dei costituzionalisti*, Cedam, Padova, 2001, 55.

<sup>105</sup> Sul significato dell'art. 69 Cost. come «norma speciale di una norma speciale» (l'art. 64 Cost.) insiste da ultimo G. VASINO, *Alcune riflessioni*, cit., 11.

<sup>106</sup> È la ricostruzione offerta da A. MORRONE, *Audizione alla I Commissione del Senato della Repubblica sulla proposta di legge in materia di "abolizione dei vitalizi e nuova disciplina dei trattamenti pensionistici dei membri del Parlamento e dei consiglieri regionali (A. S. n. 2888 e collegati)*, Roma 4 ottobre 2017, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3/2017, 18 dicembre 2017, 3.

assicurativa dell'amministrazione della Camera o del Senato), l'assetto delle competenze tra legge e regolamento dev'essere insomma necessariamente diverso da quello attualmente realizzato, potendo il regolamento parlamentare dettare soltanto norme attuative di principi legislativamente fissati (come già avviene in materia di indennità grazie alla legge n. 1261/1965)<sup>107</sup>.

Ma se il diritto al vitalizio si radica nella legge, non può che trovare nei giudici dello Stato la sede istituzionalmente preposta alla sua tutela<sup>108</sup>.

Certamente, in attesa dell'intervento della fonte legislativa, è difficile individuare un meccanismo idoneo a contestare l'esercizio dell'autodichia in materia.

In questa logica è stata pertanto ipotizzata la proposizione di un conflitto tra poteri dello Stato da parte dei singoli parlamentari nei confronti delle deliberazioni approvate ai fini dell'adozione della riforma, giacché, ove si ritenga la materia riservata alla legge, il ricorso alla Corte costituzionale potrebbe prospettare la lesione delle prerogative del singolo parlamentare ad essere parte della discussione ed approvazione di una legge<sup>109</sup>.

Non si ignora ovviamente la recente apertura espressa in questa direzione dalla Corte costituzionale nell'[ord. n. 17/2019](#), ma mi sembra che le aspettative in questa direzione siano eccessivamente ottimistiche<sup>110</sup>.

Diversamente ritengo che, fino all'approvazione di una legge, il giudice parlamentare debba dare applicazione ai principi sostanziali scaturenti dalla ritenuta continuità tra indennità e vitalizio.

L'adesione a questa seconda opzione interpretativa imporrebbe, a questo punto, una lunga digressione in ordine ai tratti distintivi del vitalizio (e dell'indennità) in quanto prerogative connesse al libero svolgimento del mandato rappresentativo (art. 67 Cost.); argomento di grande fascino che non è possibile sviluppare in questa sede, se non per ribadire che da tale premessa discende la conseguenza ulteriore della non equiparabilità di quest'ultimo alla pensione di un pubblico dipendente<sup>111</sup>.

Senonché, l'evoluzione della disciplina relativa depone in senso opposto, ché i criteri di calcolo dell'indennità parlamentare sono stati rivisti nel senso di definirne la natura «integralmente ed esclusivamente retributiva»<sup>112</sup> e le stesse modifiche regolamentari adottate in materia di trattamento economico di fine mandato accentuano specularmente il carattere previdenziale di quest'ultimo<sup>113</sup>.

---

<sup>107</sup> Tale distribuzione di competenza che avrebbe consentito di tutelare in ogni caso le peculiarità dell'ordinamento camerale rispetto agli ordinamenti di altre amministrazioni dello Stato, consentendo ai due rami del Parlamento di stabilire il *quomodo* dell'azione diretta a perseguire l'obiettivo del contenimento della spesa pubblica. Come di recente ribadito dalla stessa Corte costituzionale in materia di applicazione del contributo di solidarietà (già operante con riguardo alle pensioni più elevate) ai trattamenti di quiescenza dei dipendenti della Camera, il giudice rimettente (la Commissione contenziosa della Camera) muove da un presupposto errato nel sollevare la questione di legittimità costituzionale e cioè che il comma 486 dell'art. 1, l. 147/2013 imponga ai due rami del Parlamento di perseguire l'obiettivo della riduzione della spesa pubblica attraverso misura analoghe a quelle attuate dalle altre amministrazioni (cioè attraverso prelievi sui trattamenti di quiescenza del personale) ché semmai, esso obbliga i soggetti destinatari solo ad attenersi ai principi in esso contenuti, rimettendo alla loro autonoma determinazione l'individuazione delle modalità di intervento finalizzate a conseguire il risparmio di spesa che la legge impone, cfr. [Corte costituzionale, sentenza n. 213/2017](#), par. 8 e 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>108</sup> Al tempo stesso l'applicazione retroattiva dei nuovi criteri di calcolo si traduce in una prestazione patrimoniale imposta; anche per questo aspetto deve ritenersi operante la riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost.

<sup>109</sup> Così S. GALDIERI, *op. cit.*, 3.

<sup>110</sup> Come ho rilevato nel mio *Partiti politici, gruppi parlamentari e art. 67 della Costituzione*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2/2019, 209, tali aperture sono state prospettate (almeno dal 2016) in varie ordinanze della Corte costituzionale e rimangono al momento inattuato.

<sup>111</sup> In questa logica, la stessa Commissione speciale del Consiglio di Stato riconosce che, indipendentemente dalla fonte ritenuta competente, dovrebbero escludersi sia un'estensione automatica al vitalizio del diritto comune relativo al rapporto di lavoro allo status del parlamentare che una meccanica trasposizione dei principi più volte ribaditi dalla giurisprudenza costituzionale in materia di diritti quesiti scaturenti da un rapporto di lavoro (essendo diverso il rapporto giuridico da cui l'obbligazione pecuniaria insorge. Così, del resto, già [Corte costituzionale sentenza n. 289/1994](#)).

<sup>112</sup> Così L. CIAURRO, *Indennità parlamentare*, in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1996, 2.

<sup>113</sup> La natura previdenziale del vitalizio è da tempo sostenuta da G. CONTINI, *Indennità parlamentare*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, 106 ss., 122. Di recente, sembra propendere in questa direzione (alla luce della fondamentale riforma del 2012), anche M. LUCIANI, *Audizione*, cit., 2 ss.

È in ragione di tali elementi che si invoca da più parti l'applicazione alla fattispecie della categoria dei diritti quesiti, giacché se è vero che lo *status* di parlamentare non può essere equiparato alla condizione del lavoratore<sup>114</sup>, non può ignorarsi che alla diversità strutturale tra pensioni dei pubblici dipendenti e vitalizi degli *ex* parlamentari si sovrappone l'identità di *ratio*, entrambi rivestendo connotazione previdenziale<sup>115</sup>.

Anche a voler condividere la tesi relativa all'impossibilità di estendere ai vitalizi tutte le linee-guida tracciate dalla copiosa giurisprudenza costituzionale in materia di modifiche retroattive dei trattamenti pensionistici, non può dunque tacersi l'esigenza di tutela dell'affidamento dei percipienti il vitalizio (in quanto questo costituisce fonte di integrazione del reddito), ferma restando la possibilità di includere nel bilanciamento anche uno specifico interesse a rimuovere «l'ingiustificato privilegio di una disciplina più favorevole»<sup>116</sup>.

Il punto non è stabilire se la riduzione del trattamento economico percepito dagli *ex* parlamentari possa operare a titolo definitivo o (come sembra stabilire un certo orientamento della giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale) *una tantum*<sup>117</sup>, ma accertare caso per caso se le modifiche incidenti sulle modalità di determinazione dei vitalizi, in quanto operanti in via retroattiva, siano proporzionate all'esigenza di tutela del diritto dei cittadini alla sicurezza dei rapporti giuridici<sup>118</sup>.

Il giudice parlamentare dovrà dunque pronunciarsi tenendo presenti le peculiarità delle vicende inerenti la corresponsione del vitalizio<sup>119</sup>, ferma restando l'eventualità (*recte*: l'opportunità) che la questione sia nuovamente portata all'attenzione della Corte costituzionale, attraverso la proposizione di un conflitto tra poteri dello Stato nei confronti delle deliberazioni parlamentari, da parte della Corte di cassazione, eventualmente investita di un ricorso *ex art.* 111, comma 7 Cost. avverso la decisione interna<sup>120</sup>.

Non è possibile dire se assisteremo a breve ad una svolta giurisprudenziale idonea a sopperire alle incertezze relative alla collocazione del regolamento parlamentare nel sistema delle fonti.

Mi auguro tuttavia che, nel tentativo di mediare tra rilievo della politica e disciplina giuridica di funzioni di rilievo costituzionale, esigenze di legalità e privilegi di insindacabilità delle Camere intese come supreme istanze politico-rappresentative, al regolamento parlamentare non si ascriva ancora una volta la posizione di "atto sovrano di un organo sovrano" nel disporre dei diritti dei cittadini.

<sup>114</sup> Cfr. A. MORRONE, *Audizione*, cit., 8.

<sup>115</sup> La natura ancipite dei vitalizi parlamentari è riconosciuta anche dalla fondamentale [sentenza n. 289/1994](#) della Corte costituzionale.

<sup>116</sup> Così già Corte costituzionale, [sentt. nn. 219/1995](#); [62/1994](#) e [421/1995](#), richiamate da G. VASINO, *op. ult. cit.*, 18.

<sup>117</sup> Cfr. Corte costituzionale, [sentenze nn. 116/2013](#) e [173/2016](#), in cui si chiarisce che eventuali prelievi sulle pensioni già in essere sono assoggettati ad uno scrutinio stretto di costituzionalità atto a verificarne la «incontestabile ragionevolezza ... a fronte della quale soltanto può consentirsi di derogare (in termini accettabili) al principio di affidamento in ordine al mantenimento del trattamento pensionistico già maturato» ([sent. 116/2013](#)). Al tempo stesso il prelievo, oltre a colpire in misura ragionevole e temporanea soltanto le pensioni più elevate, deve essere utilizzato «per specifiche finalità solidaristiche endo-previdenziali ...» (in particolare si vuole consentire la destinazione delle risorse ottenute con il prelievo a finanziare interventi previdenziali in favore dei c.d. esodati), cfr. Corte costituzionale sent. 173/2016.

<sup>118</sup> In questo senso anche L. CASTELLI, *Il ricalcolo dei vitalizi degli ex-deputati*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2/2018, 337 ss., specie 343.

<sup>119</sup> In questa prospettiva, le deliberazioni con cui Camera e Senato che hanno fissato i criteri di "ricalcolo" dei vitalizi sono state non a caso impugnate dinanzi al Consiglio di giurisdizione (e non alla Commissione giurisdizionale competente per il personale) assumendosene implicitamente la diversità rispetto alle controversie scaturenti dall'erogazione del trattamento di quiescenza del personale dipendente. Secondo l'art. 1 del *Regolamento per la tutela giurisdizionale non concernente i dipendenti* (tuttora vigente alla Camera dei deputati) la Commissione giurisdizionale è competente infatti per i soli atti di amministrazione della Camera «che non riguardano lo stato giuridico, il trattamento economico e di quiescenza e la disciplina dei dipendenti».

<sup>120</sup> Ritengo tale strada più agevolmente percorribile rispetto alla proposizione del ricorso diretto alla Corte costituzionale da parte del singolo parlamentare (facendo leva sulla nota, ma forse troppo celebrata apertura contenuta nell'[ord. 17/2019](#) della Corte costituzionale).

**Antonio Ruggeri**

**Una corsia preferenziale, dopo la [269 del 2017](#), per i giudizi di “costituzionalità-eurounitarietà”**

SOMMARIO: 1. Gli inconvenienti teorico-pratici legati alla soluzione patrocinata dalla [269 del 2017](#). – 2. Il cumulo dei rimedi e la *querelle* riguardante il modo più adeguato alla sua affermazione. – 3. Le ragioni che depongono per la introduzione di una *corsia preferenziale* nei giudizi di “costituzionalità-eurounitarietà” e l’ipotesi che ad essa faccia luogo lo stesso giudice costituzionale in sede di autonormazione.

1. *Gli inconvenienti teorico-pratici legati alla soluzione patrocinata dalla [269 del 2017](#)*

Il titolo dato a questa succinta riflessione dice già tutto; si tratta solo di darne la spiegazione<sup>1</sup>.

Non riprendo ora le vessate questioni riportabili all’alternativa tra disapplicazione (o, meglio, “non applicazione”) ed annullamento delle norme nazionali incompatibili con norme della Carta di Nizza-Strasburgo (e, dopo la [20 del 2019](#), anche con norme di diritto derivato ad essa “connesse”). Quale che sia la soluzione adottata, infatti, ad essa pur sempre si accompagnano taluni inconvenienti di ordine teorico-pratico ai quali potrebbe quindi rivelarsi assai arduo porre rimedio; e ciò, per la elementare ragione che è l’alternativa stessa a porsi quale causa efficiente della loro venuta alla luce. Avverto poi sin d’ora (e con riserva di approfondimenti a momenti) che anche l’ipotesi del cumulo dei rimedi, sulla quale alcuni di noi convergono pur muovendo da premesse teorico-ricostruttive distanti, qualche problema pur sempre lo dà, ma con effetti – a me pare – di minore gravità di quelli riportabili all’alternativa suddetta.

Mi limito ora solo a rammentare quali mi sembrano essere i più vistosi.

Avverso l’ipotesi, caldeggiata dalla Consulta nella [269](#) e quindi, con temperamenti, ripresa da alcune note decisioni di quest’anno (in specie, dalla [20](#) e dalla [63](#)), del sindacato accentrato in relazione ad antinomie coinvolgenti norme *self-executing* della Carta dei diritti dell’Unione, nonché – come si diceva – anche norme ad essa estranee seppur *quodammodo* “connesse”<sup>2</sup>, possono muoversi, come si sono mosse, plurime obiezioni<sup>3</sup>, tra le quali quella a mia opinione risolutiva secondo cui si viene in tal modo meno al precetto del Trattato che impone l’immediata applicazione di *ogni* norma eurounitaria *self-executing*, senza distinzione di sorta in ordine alla fonte da cui essa risulti prodotta. E, poiché il canone in parola e l’intero Trattato che lo contiene si dispongono – come si sa – sotto la “copertura” dell’art. 11, se ne ha che la messa in atto della tecnica dell’annullamento in vece di quella della “non applicazione”, al fine di porre rimedio alle antinomie in parola, urta – piaccia o no – con il principio fondamentale suddetto. Ed è francamente singolare, a parer mio, che la giurisprudenza costituzionale, allo stadio di sviluppo ad oggi raggiunto, scarichi pilatescamente sul

<sup>1</sup> Avverto sin d’ora che l’ipotesi di dar vita ad una corsia preferenziale è già stata affacciata nel mio [Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/I](#), 23 marzo 2018, 161 in nt. 31, ma limitatamente alle questioni aventi ad oggetto le violazioni della CEDU (o di altra Carta dei diritti) e delle stesse norme eurounitarie ma non autoapplicative. La riprendo qui per i casi di antinomia cui fanno riferimento Corte cost. nn. [269 del 2017](#) e [20 del 2019](#).

<sup>2</sup> È appena il caso di mettere qui in evidenza che il criterio della “connessione” solleva un mucchio di problemi teorico-pratici di non agevole soluzione, spianando la via ad una indefinita dilatazione del sindacato accentrato, salvo che la giurisprudenza a venire non ne riduca – com’è auspicabile – il raggio d’azione, tentando in qualche modo di precisarne i tratti identificanti. Così, peraltro, come si sa, si è avuto in altri ambiti di esperienza, come a riguardo della insindacabilità dei parlamentari, senza che nondimeno le incertezze operative siano state in tutto fuggate, secondo quanto avvalorava *per tabulas* il numero assai rilevante di ricorsi portati alla cognizione della Consulta.

<sup>3</sup> ... che possono, volendo, vedersi in più scritti da me dedicati al tema, tra i quali, di recente, *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in [Ordine intrinseco e diritti umani](#), 3/2019, 15 luglio 2019, 507 ss., spec. 521 ss., e *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 2/2019, 15 luglio 2019, 35 ss., spec. 53 ss. e 57 ss.

giudice la responsabilità della scelta se dare la precedenza alla pregiudizialità costituzionale ovvero alla “comunitaria”<sup>4</sup>, specie laddove lo stesso giudice rilevi nell’ordinanza di rimessione degli atti alla Consulta il carattere *self-executing* della norma sovranazionale violata, senza dichiarare – come a mia opinione sarebbe necessario – l’inammissibilità della questione appunto per violazione indiretta dell’art. 11.

V’è di più. La tesi patrocinata da quanti (e, come si sa, compongono una schiera assai nutrita), annotando la [269](#), sono pervenuti alla conclusione che la pronuncia in parola avrebbe imposto la necessaria priorità della pregiudizialità costituzionale<sup>5</sup> va incontro all’obiezione, in altri luoghi rappresentata, secondo cui non si vede come possa mai inibirsi al giudice che sia dubbioso circa il retto significato del disposto sovranazionale violato<sup>6</sup> di interpellare prioritariamente la Corte di giustizia avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale. Solo che, ricevuta una risposta nel senso dell’antinomia, obbligata sarebbe l’applicazione immediata della norma sovranazionale *self-executing*. Ed è chiaro che, laddove si dovesse accedere all’ordine di idee che esclude la successiva proponibilità di una questione di costituzionalità avente ad oggetto la norma nazionale “non applicata” (per palese difetto della rilevanza), il rimedio sarebbe – a dire della [269](#) e dei suoi benevoli *laudatores* – comunque insoddisfacente, non avendosi la caducazione della norma interna con effetti *erga omnes*, con grave pregiudizio – si dice – per la certezza del diritto.

In siffatto modo di vedere le cose c’è, senza alcun dubbio, del vero; e, però, l’argomento va incontro, a mio modo di vedere, a plurime obiezioni.

In primo luogo, prova troppo: portato, infatti, fino alle sue ultime e lineari conseguenze, dovrebbe infatti spingere al deciso abbandono del meccanismo dell’applicazione diretta *per ogni caso* di antinomia; ciò che, com’è evidente, non potrebbe comunque aversi né la stessa giurisprudenza costituzionale lo vuole, avendo inteso circoscrivere – perlomeno ad oggi – la propria cognizione ai

<sup>4</sup> V., ancora di recente, con ferma convinzione ribadita quest’autentica linea metodica d’azione da un autorevole studioso e giudice costituzionale, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 487 ss.

<sup>5</sup> Riferimenti a questa *querelle*, a mia opinione da considerare ormai superata dopo la [20](#) e la [63](#), possono, di recente, aversi, tra gli altri, da R.G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s’ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 4 marzo 2019; F. SALMONI, *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen e ruolo accentratore della Consulta L’integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla “conformità” alla Costituzione e la mera “compatibilità” con la Carta dei diritti fondamentali dell’UE*, in *Federalismi.it*, 8/2019, 17 aprile 2019; nella stessa *Rivista*, G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, 10/2019, 22 maggio 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10/2019, 22 maggio 2019, e, dello stesso, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità Osservazioni a margine dell’opportuna scelta compiuta con l’ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 4/2019, 2 luglio 2019, 157 ss.; O. POLLICINO - G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 434 ss.; G. REPETTO, *Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell’UE*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 255 ss.; M. GALIMBERTI, *La quiete dopo la tempesta? I diritti fondamentali alla prova della doppia pregiudizialità nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, 1 luglio 2019; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*, 13/2019, 10 giugno 2019; A.M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controlimiti*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2019, 16 luglio 2019; L. CAVALLARO, *Le carte e le corti. Note minime su alcune recenti pronunce della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in materia di efficacia della carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2019, spec. § 3; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, e, nella stessa *Rivista*; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*; G. TESAURO - P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in *AISDUE*, 1/2019, 6 maggio 2019, 27 ss., e, pure *ivi*, C. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell’UE: dalla sentenza 269/2017 all’ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, 3 settembre 2019, 55 ss., spec. 70 ss.; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 615 ss.; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *paper*.

<sup>6</sup> ... e, dopo la [20](#), anche della validità della norma di diritto derivato, laddove estranea alla Carta di Nizza-Strasburgo e però alla stessa “connessa”.

soli casi in cui siano in gioco i diritti fondamentali, casi nondimeno di problematico e scivoloso riscontro laddove la norma-parametro dovesse risultare da fonte di diritto derivato<sup>7</sup>.

In secondo luogo, la sola *certezza del diritto in senso oggettivo* che ha (e può avere) pregio – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – è quella che si dimostri idonea a convertirsi ed interamente risolversi in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro tutela, la massima consentita dalle condizioni oggettive di contesto. Non si dimentichi che la stessa giurisprudenza costituzionale ha acconsentito al superamento del giudicato, sia penale ([sent. n. 113 del 2011](#)) che civile ed amministrativo (spec. [sent. n. 123 del 2017](#)), in presenza di sopravvenienti pronunzie della Corte europea volte appunto a dare ristoro a diritti offesi nel processo.

In terzo luogo, il sindacato accentrato in vece di quello diffuso porta naturalmente e fatalmente ad un calo drastico dei rinvii pregiudiziali<sup>8</sup>; e, per quanto elevata possa, indiscutibilmente, essere la sensibilità istituzionale della Consulta, di cui ancora di recente si è avuta eloquente testimonianza con la [117 del 2019](#), non è da dubitare che i rinvii per iniziativa dello stesso giudice costituzionale non sono minimamente comparabili per numero con quelli che, sparsi per l'intero territorio della Repubblica, possono aversi nelle aule in cui si amministra la giustizia comune. È pur vero che l'*auctoritas* dell'interpellante è, ad ogni buon conto, diversa (come ha, appunto, dimostrato *Taricco*). Sta di fatto, tuttavia, che per effetto del calo suddetto la Carta di Nizza-Strasburgo – è bene dirlo chiaro e tondo – non avrà modo di potersi implementare nel “diritto vivente” nella stessa misura in cui si avrebbe laddove si desse la precedenza alla pregiudizialità “comunitaria” sulla costituzionale.

Né varrebbe opporre che, specie dopo la [20](#) e la [63](#), al giudice è riconosciuta la facoltà di rivolgersi alla Corte dell'Unione pur dopo la presentazione di una questione di costituzionalità e – viene ora opportunamente stabilito – senza alcuna limitazione in ordine ai “profili” oggetto del rinvio, dal momento che laddove la Consulta dovesse pronunziarsi sulla questione (segnatamente, nel senso del suo accoglimento) senza aver chiesto lumi alla Corte dell'Unione potrebbe comunque aversene un grave pregiudizio per il diritto sovranazionale, per il solo fatto che alla Corte lussemburghese non è stata data l'opportunità di chiarirne il significato (o, se del caso, come si diceva, dopo la [20](#), di stabilirne la validità).

Il vero è che – piaccia o no – il meccanismo dell'applicazione diretta è il motore stesso dell'avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale, situandosi al cuore della Costituzione materiale dell'Unione, ciò che appunto ne dà la cifra identificante maggiormente espressiva<sup>9</sup>. Ostacolarne la funzionalità o anche solo ritardarne la messa in moto è pur sempre un pregiudizio grave per il processo stesso del quale occorre avere piena avvertenza. Ciò che, poi, maggiormente importa, *dal punto di vista dei diritti*, è che l'opzione in prima battuta per il sindacato accentrato in vece di quello diffuso può – almeno in talune circostanze – portare all'effetto del radicamento di effetti perversi prodotti dalle norme interne, quindi materialmente non sradicabili.

So bene che l'obiezione non è comunque risolutiva, trattandosi di un limite intrinseco al nostro sistema di giustizia costituzionale; ed è chiaro che non possiamo qui nuovamente discutere dei pregi e dei difetti di questo o quel sistema, facendo luogo alla loro reciproca ponderazione. E, tuttavia, non possiamo – a me pare – ugualmente ignorare il peso, particolarmente gravoso, dell'obiezione stessa.

<sup>7</sup> Basti solo por mente alle non lievi difficoltà di ordine teorico cui va incontro lo stesso riconoscimento della sussistenza di un diritto fondamentale coinvolto nella questione su cui si chiede il giudizio della Consulta, specificamente laddove si abbia a che fare con un diritto “nuovo” o, addirittura, “nuovissimo” (delle vessate questioni che al riguardo si pongono si è tornati, ancora non molto tempo addietro, a discutere in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa su *Cos'è un diritto fondamentale?*, svoltosi a Cassino il 10 e 11 giugno 2016, i cui *Atti* sono stati editi, a cura di V. Baldini, per i tipi della Editoriale Scientifica di Napoli nel 2017).

<sup>8</sup> Ne conviene la stessa dottrina che ha salutato con favore il nuovo indirizzo inaugurato dalla [269](#): v., tra gli altri, G. SCACCIA, *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Processo*, 3/2018, 270 s., e C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 16 ss.

<sup>9</sup> V., al riguardo, l'orgogliosa rivendica del primato del diritto sovranazionale che ne ha fatto il Presidente della Corte di giustizia, K. LENAERTS, *L'eredità del procedimento Costa c. ENEL*, in AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti - V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 15 ss.



## 2. Il cumulo dei rimedi e la querelle riguardante il modo più adeguato alla sua affermazione

Sta di fatto che proprio qui è il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa; ed è da qui che viene la sollecitazione, di cui si sono fatti interpreti alcuni studiosi, per il cumulo dei rimedi. Una soluzione da una sensibile dottrina giudicata immediatamente praticabile *ope juris prudentiae*, ora dandosi l'opportunità al giudice di adire contestualmente le due Corti<sup>10</sup>, ora ammettendosi la consecutività dei ricorsi, segnatamente per il caso che, adita dapprima la Corte dell'Unione e fattasi eventualmente disapplicazione della norma interna, di seguito s'investa la Corte costituzionale al fine di pervenire alla caducazione con effetti *erga omnes* della norma stessa<sup>11</sup>. Una via, questa, già in via generale tracciata da un'accreditata dottrina, consapevole dei limiti cui tanto il sindacato diffuso quanto quello accentrato, considerati come reciprocamente alternativi, vanno incontro, ma ritenuta percorribile unicamente dai giudici di ultima istanza<sup>12</sup>.

Già in altri luoghi ho avuto occasione di manifestare serie riserve a riguardo di una soluzione che risulti essere di diretta ed esclusiva fattura giurisprudenziale, non essendomi chiaro quale mai possa essere il fondamento teorico-positivo della messa da canto del canone della rilevanza<sup>13</sup>. Ed è bensì vero che, specie di recente, la Consulta – com'è a tutti noto – ha dato ad intendere di sentirsi soffocata dal canone in parola che, nella sua rigorosa e propria accezione, non le darebbe modo di spendersi a beneficio di beni costituzionalmente protetti di primaria importanza<sup>14</sup>. Da una prospettiva di più ampio respiro, poi, vistose e viepiù ricorrenti sono le testimonianze che avvalorano l'idea secondo cui le tecniche decisorie in atto disponibili e per la gran parte forgiate – come si sa – dalla stessa

<sup>10</sup> Così, part., R. CONTI, An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018, in [Giudicedonna.it](http://Giudicedonna.it), 4/2017, spec. § 6, e, dello stesso, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, cit., spec. § 4, nonché, ora, M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit., 20 ss., che discorre di "rinvii pregiudiziali paralleli".

Seppur finemente argomentata, la soluzione caldeggiata da questa dottrina non sembra tuttavia iscriversi entro la cornice teorico-pratica delineata nella [269](#) (e nelle pronunzie di quest'anno), dove si prefigura uno scenario caratterizzato dalla preferenza, se non pure dall'obbligo, della precedenza accordata alla pregiudizialità costituzionale sulla "comunitaria" e, *per ciò stesso*, dalla attesa del verdetto della Consulta prima di far luogo all'eventuale, successivo rinvio alla Corte dell'Unione. Non si trascuri, inoltre, che la soluzione patrocinata da questa dottrina non elimina il rischio dei conflitti tra le Corti, dei quali si dirà meglio a momenti, nel mentre a giudizio della stessa dottrina sopra richiamata (così, R.G. CONTI, nello scritto da ultimo cit., in nt. 18) il giudice dovrebbe comunque attendere il verdetto della Consulta, pur laddove la Corte di giustizia risponda per prima, sollecitandolo a far subito luogo all'applicazione immediata della norma sovranazionale al posto di quella interna (cosa però resagli impossibile dalla trasmissione degli atti di causa al giudice costituzionale).

<sup>11</sup> L'ipotesi è ora ragionata da C. AMALFITANO, nell'ultimo par. del suo scritto sopra cit.

<sup>12</sup> Così, R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2015, 27 s., e *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in [Rivista AIC](#), 3/2014, 12 settembre 2014, 31. Ha di recente fatto riferimento a questa proposta anche D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, cit., 636.

<sup>13</sup> Rinvio sul punto, di cruciale rilievo, ai miei *Effetti diretti delle norme europolitane e Costituzione*, in AA.VV., *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne*, a cura di M. Distefano, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 65 ss., nonché in [Rivista AIC](#), 2/2015, 15 maggio 2015, § 5, e, *amplius*, [Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?](#), cit., 155 ss.; adesivamente, A. MORELLI, *La capacità parametrica del diritto dell'Unione europea privo di efficacia diretta nel giudizio di legittimità costituzionale*, in [Federalismi.it](#), Focus Fonti, 1/2017, 17 febbraio 2017, § 5; riserve nei riguardi di questa proposta sono, invece, in S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, cit., § 7; vi hanno fatto di recente richiamo anche N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, cit., 6, in nt. 9; A.M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controlimiti*, cit., 18 s., e C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 25 ss.

<sup>14</sup> Immediato è il riferimento alla giurisprudenza sulle leggi elettorali o alla pronunzia sulla *Robin tax*.

giurisprudenza e fatte oggetto di continuo affinamento<sup>15</sup>, per varie ed incisive che siano, palesano limiti evidenti di rendimento al fine di un ottimale appagamento dei beni costituzionalmente protetti, specie in talune congiunture nelle quali particolarmente gravi si dimostrano essere i ritardi e le complessive carenze delle discipline legislative.

Ora, la “supplenza” – come si è soliti chiamarla – dei giudici in genere e del giudice costituzionale in specie, da quest’ultimo – si ricorderà – lapidariamente etichettata come “non richiesta e non gradita”<sup>16</sup>, può soccorrere solo fino ad un certo punto e, comunque, unicamente al ricorrere di certe condizioni che non sempre si hanno o, come che sia, agevolano l’intervento riparatore del giudice<sup>17</sup>, sia esso messo in atto a mezzo di ardite (o – a dirla tutta – temerarie) reinterpretazioni dei testi di legge e – ciò che è ancora più grave – della stessa Costituzione e sia pure laddove si abbia con pronunzie variamente manipolative degli enunciati evocati in campo dai casi.

Sta di fatto che, con riguardo all’ipotesi ora ragionata, non si vede (quanto meno, non riesce a me di vedere) come si possa disinvoltamente mettere da canto la rilevanza, dandosi modo al giudice che abbia già fatto applicazione della norma sovranazionale al posto di quella interna di sollevare subito appresso una questione di costituzionalità avente ad oggetto quest’ultima. È per ciò che in altri luoghi di riflessione scientifica, sopra già richiamati, mi sono dichiarato dell’avviso che il superamento del canone in parola possa aversi unicamente per effetto di una statuizione di legge che lo autorizzi.

Sia chiaro. Come si diceva poc’anzi, anche con il cumulo dei rimedi possono aversi inconvenienti di non poco momento; e avverto subito che alcuni di essi non sono, a parer mio, riparabili, per quanto risultino comunque assai meno consistenti di quelli che si hanno a dare la precedenza alla pregiudizialità costituzionale sulla “comunitaria”.

Si pensi, ad es., al caso che la Corte costituzionale non convenga con la Corte dell’Unione circa la violazione patita dal diritto sovranazionale e, perciò, faccia luogo al rigetto della questione, malgrado la norma interna dalla stessa riguardata sia stata nel frattempo – correttamente – messa da canto dal giudice, a ciò sollecitato dal verdetto datogli dalla Corte di giustizia previamente adita<sup>18</sup>. Vedo solo un modo perché la Consulta faccia valere il proprio dissenso nei riguardi della Corte lussemburghese: che si rivolga a quest’ultima, sperando il tentativo di persuaderla a mutare avviso (magari, “esponendo” – come ha fatto in *Taricco* – i “controlimiti”). Un rinvio pregiudiziale, questo, da considerare obbligatorio<sup>19</sup>, anche se poi non è chiaro come si possa costringere la Consulta a darvi seguito<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Si pensi, ad es., alla singolare “invenzione” avutasi con la ord. 207 del 2018, fatta oggetto di una mole imponente di commenti di vario segno.

<sup>16</sup> L’efficace e dolente notazione, fatta – com’è noto – dal Presidente G. Zagrebelsky quindici anni addietro, si riferiva specificamente alla mancata adozione da parte del legislatore di una disciplina organica in attuazione del nuovo Titolo V; essa, però, conserva amaramente tutta la sua attualità ben oltre l’ambito materiale coperto dalla revisione costituzionale del 2001.

<sup>17</sup> Non poche volte, infatti, il giudice costituzionale è costretto a gettare la spugna in segno di resa a motivo del cattivo modo con cui sono formulate le domande di giustizia che gli sono rivolte; e, ovviamente, lo stesso vale *mutatis mutandis* per altri giudici, a partire da quelli comuni, specie laddove siano ad essi prospettate questioni di costituzionalità che non hanno né capo né coda ma che, invece, se fatte a modo, meriterebbero di essere portate alla Consulta.

<sup>18</sup> Se, di contro, dovesse prima aversi la proposizione di una questione di costituzionalità, risolta con il suo rigetto, il giudice, laddove non si fosse avuto un caso di doppia pregiudizialità, avrebbe dovuto far senza indugio applicazione della norma dapprima indubbiata, mentre nel caso nostro – a giudizio della Consulta, specie dopo le pronunzie di quest’anno – potrebbe ugualmente rivolgersi successivamente alla Corte dell’Unione; e, ove dovesse ricevere una indicazione nel senso della sussistenza del conflitto tra le norme dei due ordinamenti, sarebbe comunque tenuto a disapplicare quella interna. Certo si è, però, che mettendosi nei panni delle parti di causa, diventa assai complicato spiegare che la norma di legge dovrebbe, allo stesso tempo, essere applicata e “non applicata” al caso. La divergenza tra le Corti produce ad ogni buon conto un effetto delegittimante per la giustizia, ed è bene esserne fino in fondo consapevoli.

<sup>19</sup> Ragiona ora dei casi in cui il rinvio è obbligatorio ovvero semplicemente opportuno C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., spec. al § 7.

<sup>20</sup> Pesa quanto un macigno il disposto di cui all’art. 137, ult. c., cost., che pure ha una sua evidente funzione di garanzia, laddove i verdetti della Consulta si dimostrino *contra Constitutionem* (qui, come si viene dicendo, contrari all’art. 11).

Ricorrendo l'ipotesi ora ragionata, è chiaro che, laddove l'operazione vada a buon fine e la Corte di giustizia torni sui propri passi allineandosi alle indicazioni e sollecitazioni venute dalla Consulta, il giudice che aveva dapprima disapplicato la legge verrebbe a trovarsi (senza sua colpa...) delegittimato *ex post*. Si dovrà, pertanto, cercare di porre rimedio all'errore giudiziario avvalendosi delle risorse al riguardo apprestate dal sistema delle impugnazioni, sempre che ovviamente sia possibile attingervi. L'inconveniente, invece, non è superabile per il caso che si sia nel frattempo prodotta la cosa giudicata, sempre che – beninteso – ciò possa aversi<sup>21</sup>. Questo è, però, uno dei limiti strutturali dell'intero ingranaggio, esattamente come si ha, con riguardo ai giudizi sulle leggi, avuto riguardo ai limiti cui vanno incontro le pronunzie ablativo davanti ai rapporti ormai coperti dalla cosa giudicata.

Un conflitto tra le Corti può, poi, aversi anche nel caso speculare a quello adesso succintamente rappresentato, laddove cioè la Corte dell'Unione dia al giudice che l'abbia interpellata in via pregiudiziale una risposta che lasci pensare alla insussistenza dell'antinomia e, ciononostante, il giudice reputi ugualmente di dover successivamente investire la Consulta della relativa questione di "costituzionalità-eurounitarietà"<sup>22</sup>.

È chiaro che si tratta di un'ipotesi alquanto remota, al ricorrere della quale comunque, ancora una volta, la Consulta dovrebbe tornare ad interpellare a sua volta la Corte dell'Unione, salvo a rigettare in modo "secco" la questione stessa, convergendo dunque pienamente nell'esito già raggiunto dalla Corte stessa.

### *3. Le ragioni che depongono per la introduzione di una corsia preferenziale nei giudizi di "costituzionalità-eurounitarietà" e l'ipotesi che ad essa faccia luogo lo stesso giudice costituzionale in sede di autonormazione*

Senza ora approfondire ulteriormente l'esame di tutte le eventualità di cui possa aversi riscontro, è evidente che, per il solo fatto che le posizioni delle Corti possono risultare disallineate o, diciamo pure, in reciproco, frontale contrasto, viepiù avvalorata si dimostra essere l'idea che il giudizio di costituzionalità pervenga a maturazione nel più breve tempo possibile. Aggiungo che anche nel caso, ovviamente auspicabile, che le posizioni stesse siano convergenti e persino coincidenti si avverte ugualmente il bisogno di una sollecita definizione dei giudizi.

Di qui, appunto, la proposta, che sento ora di caldeggiare, di far luogo ad una sorta di *corsia preferenziale* presso la Consulta, in modo che lo scarto temporale tra disapplicazione ed annullamento, laddove entrambi si abbiano, risulti circoscritto al massimo. Sono persuaso che sia questo un onorevole compromesso tra le ragioni che spingono per il pieno rispetto del canone dell'applicazione diretta del diritto sovranazionale, da un canto, e, da un altro canto, quelle, di cui si è fatto vigoroso interprete il giudice costituzionale, che spingono per il sindacato accentrato (e l'eventuale annullamento), avuto specifico riguardo alle questioni di "costituzionalità-eurounitarietà" coinvolgenti i diritti fondamentali.

Piuttosto, ci si potrebbe chiedere se la soluzione qui vagheggiata possa estendersi anche oltre i casi in cui siano in gioco i diritti, fino a farsene appunto una generalizzata applicazione.

---

Torna allora, ancora una volta, in mente l'inquietante interrogativo racchiuso nella VI Satira di Giovenale su chi mai possa controllare i controllori (o, diciamo meglio, i controllori di ultima istanza).

<sup>21</sup> È infatti da stabilire una buona volta se la disapplicazione immediata operata dal giudice si ponga quale una misura interinale ovvero se possa considerarsi dotata dell'attitudine a produrre la cosa giudicata (v., sul punto, nuovamente il mio [Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?](#), cit., 161 in nt. 31). Tornando ora a ragionare sul punto, temo però che, dal punto di vista dell'Unione, la prima soluzione possa essere considerata inappagante, risultando in buona sostanza coincidente con quella che già si ha per effetto della proposizione della questione di costituzionalità. L'opzione per il secondo corno dell'alternativa risponde dunque a pieno alla logica del primato del diritto sovranazionale.

<sup>22</sup> Affine, ma non coincidente, a questa è l'ipotesi che avverso la risposta ricevuta dalla Corte di giustizia il giudice azioni l'arma dei "controlimiti".

In linea di principio non vedo ostacoli a siffatta apertura; non mi nascondo tuttavia gli inconvenienti che potrebbero aversene per la funzionalità della Corte, tanto più in un contesto, quale quello presente, segnato da una consistente dilatazione dei campi materiali attraversati dalla normativa sovranazionale, specie se riguardati alla luce del punto di diritto fissato nella [20](#). È vero che si dà pur sempre il limite della estensione dell'area su cui può farsi applicazione della Carta di Nizza-Strasburgo, anche se si hanno – com'è noto – non pochi casi di letture particolarmente generose e flessibili circa i confini della stessa.

Non mi nascondo, però, in conclusione il rischio che, al tirar delle somme, la corsia preferenziale in parola non sia poi prevista dal legislatore. In siffatta evenienza, mi parrebbe opportuno che se ne faccia carico direttamente la giurisprudenza, supplendo ancora una volta alla inerzia del legislatore stesso. Confido tuttavia che ciò possa aversi non già in via di fatto ma con disciplina frutto di autonormazione. La giurisprudenza, infatti, di per sé non garantisce la costanza ed uniformità di certe pratiche che per il suo tramite si affermano; di contro, la previsione normativa può, per la sua parte, incoraggiare ancora di più i giudici a far luogo al cumulo dei rimedi e persino, ove si acceda al punto di vista della Consulta, a rivolgersi subito a quest'ultima, investendola di questioni delle quali è stabilito nero su bianco che saranno definite con carattere di priorità su ogni altra. La qual cosa, poi, potrebbe tranquillizzare la stessa Corte dell'Unione in merito al fatto che il diritto sovranazionale sarà garantito nel migliore dei modi e con la massima celerità possibile.

E infine. Se la Consulta giocasse d'anticipo e facesse senza indugio luogo alla novità qui patrocinata, potrebbe aversene una spinta per il legislatore perché ponga finalmente mano all'attesa "razionalizzazione" dell'assetto dei rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno così come definiti alla luce dell'indirizzo inaugurato con la [269](#) e con gli opportuni temperamenti introdotti dalle decisioni di quest'anno.

Giuseppe Laneve

## Pluralismo e Limite (*al* potere e *per l'altro*): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo\*

SOMMARIO: 1. Le *crisi* del nostro tempo. – 2. Il piano culturale: un percorso da *riattivare*. – 3. Il recupero della funzione, “costitutiva” del costituzionalismo, del limite al potere. – 3.1. Il pluralismo come effettività della costituzione e *condicio* della giustizia costituzionale. – 3.2. Il pluralismo istituzionale nella Costituzione italiana. – 3.3. Limite al potere (del popolo) e populismi. – 4. Il limite (dell’io) *per l'altro*. – 4.1. L’alterità nella Costituzione: brevi notazioni. – 5. Conclusioni

### 1. *Le crisi del nostro tempo*

Il dominio della parola “crisi” nel dibattito pubblico ha ormai superato il traguardo dei dieci anni e fa sì che essa possa essere assunta come elemento, oltre che strutturale, quasi paradigmatico del nostro tempo<sup>1</sup>. Una crisi che agevolmente può declinarsi su piani distinti, seppur fortemente interdipendenti tra loro, che vanno da quelli di più immediata e drammatica percezione (si pensi alla dimensione economica *tout court*, a quella del lavoro, a quella ambientale, o ancora a quella migratoria), per scivolare verso ambiti in cui essa, piuttosto che meno evidente, si manifesta in modi e forme probabilmente solo difficilmente misurabili, e cioè quello identitario, culturale, relazionale, educativo, se si vuole (anche) valoriale<sup>2</sup>.

Una crisi polisenso e multiforme che scorre a velocità e profondità diverse alimentando (e a sua volta alimentandosi da) un contesto globale ad altissima complessità, pervaso da nuovi assetti di potere sviluppatasi – peraltro secondo criteri e tempi del tutto estranei a quelli del costituzionalismo - attorno all’economia, alla scienza e alla tecnologia, e che trova agio, *ivi* proiettandosi, sul terreno della forma di governo, così come su quello della forma di stato, investendo in pieno il circuito democratico-rappresentativo, i luoghi e i soggetti della decisione politica<sup>3</sup>, le istituzioni nel loro complesso, non risparmiando (tutt’altro) neanche quelle di garanzia<sup>4</sup>.

Sono le categorie fondative dello stesso Stato costituzionale liberal-democratico ad avvertire una significativa fragilità proprio nei meandri di quel terreno nel quale si sono a fatica insinuate nel corso degli ultimi due secoli, con una straordinaria accelerazione impressa a partire dalla seconda metà del Novecento<sup>5</sup>. Esse, pertanto, non sono più solo indotte a riplasmarsi di continuo seguendo i virtuosi

---

\* *Lo scritto è destinato agli Scritti in onore di Antonio Ruggeri.*

<sup>1</sup> Pur nella difficoltà perenne di definire il concetto di crisi: W. MERKEL, *Challenge or Crisis of Democracy*, in W. Merkel – S. Kneip (eds.), *Democracy and Crisis. Challenges in Turbulent Times*, Berlin 2018, 12 osserva come “most concepts can be clearly defined, giving analytical substance to each. The same cannot be said of the crisis concept. Its use in sociology and political science is nothing short of inflationary, but is nonetheless seldom defined”.

<sup>2</sup> Impossibile, in riferimento alla gravità e alle caratteristiche peculiari della crisi dell’educazione, non rinviare all’incipit di M. NUSSBAUM, *Not for Profit. Why Democracy Needs Humanities*, Princeton 2010, 1-2 che recita: “We are in the midst of a crisis of massive proportions and grave global significance. No, I do not mean the global economic crisis that began in 2008 (...) No, I mean a crisis that goes largely unnoticed, like a cancer; a crisis that is likely to be, in the long run, far more damaging to the future of democratic self-government: a worldwide crisis in education”.

<sup>3</sup> *Ex multis*, cfr. A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e “Stato giurisdizionale” (nota minima su un’annosa e irrisolta questione)*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), n. 23/2018. Vedi anche G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in [Osservatorio sulle fonti](http://Osservatorio.sullefonti.it), 3/2017; T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione nell’era della globalizzazione, ivi*; L. BUFFONI, *La rappresentanza politica. Note sul rapporto di prossimità “divergente” tra processo e valore (di legge)*, in [Osservatorio sulle fonti](http://Osservatorio.sullefonti.it), n. 3/2015. In termini più generali, cfr. A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, 4/2008, 508 ss.; vedi sempre F. BILANCIA, *La crisi dell’ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova 2000.

<sup>4</sup> Il riferimento è in particolare al fenomeno del populismo, sul quale vedi *infra*.

<sup>5</sup> Nel dibattito americano c’è chi distingue tra “crisi” costituzionale, che si verifica durante periodi di tempo relativamente brevi e “decadenza” o “rovina” costituzionale, che al contrario opera sul lungo periodo, cfr. J. M. BALKIN,

flussi rigenerativi che scorrono tra esse e le evoluzioni del tessuto sociale nel quale costantemente devono sperimentare la loro tenuta, quanto costrette a rimettersi seriamente e profondamente in discussione<sup>6</sup>.

Alla luce di quanto brevemente premesso, affermazioni come «*Democracy worldwide is under stress*»<sup>7</sup> o «*Constitutional Retrogression*»<sup>8</sup> se fino a qualche tempo fa poteva suonare come un infausto presagio, pur se ben supportato sul piano analitico, oggi può assumere il carattere perentorio di una diagnosi chiara e incontrovertibile, peraltro non limitata alle sole democrazie incerte ma che riguarda in pieno anche quelle mature<sup>9</sup>, rispetto alla quale il confronto tra gli studiosi del diritto – su scala globale – è aperto<sup>10</sup>.

A tal proposito, pare sempre più opportuno il frequente suggerimento che viene proprio da parte di chi, ben consapevole di questo stato di cose, prima ancora di offrire soluzioni di merito, invita a un metodo per approcciare il problema: quello di un «*true interdisciplinary engagement*» attraverso il quale la scienza del diritto pubblico (globale) si apra virtuosamente e in condizioni di reciprocità ad altre dimensioni del sapere – non solo quelle economico-scientifiche, ma anche quelle prettamente umanistiche, come la filosofia, la storia, la sociologia, la psicologia, la pedagogia<sup>11</sup>.

La complessità delle crisi su scala globale impone un'opzione metodologica che si offra alla discussione, che si nutra di un apporto plurale, che si confronti con diversi angoli prospettici.

## 2. Il “piano culturale”: un percorso da riattivare

Seguendo questa traccia, ci si avvede di come, nel disorientamento diffuso, la leva *culturale* sia quella da azionare con maggior vigore e con una rinnovata fiducia, non già come una sorta di “ultima spiaggia”, una carta della disperazione da giocare (e giocarsi), bensì in ragione di una piena consapevolezza della enorme *potenzialità umana* che essa è capace di sprigionare. Si tratta di una sfida dal respiro molto ampio e intrisa di grande responsabilità, appunto multidisciplinare, che in una prima prospettiva – prettamente educativa - sia capace di riattivare l'interrogarsi sul *sensu* degli eventi e dell'esperienza, attraverso percorsi riflessivi *contro* la massa di fatti che assediano la nostra

---

*Constitutional Crisis and Constitutional Rot*, in M.A. Graber – S. Levinson – M. Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York, 2018, 13 ss.

<sup>6</sup> Come ha sottolineato A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1/2014, 93, “la riflessione sulla crisi economico-finanziaria e sui suoi effetti costituzionali deve essere declinata come un aspetto della generale crisi dello stato costituzionale nel nostro tempo presente (...) oggi, all'inizio del nuovo Millennio, occorre verificare se, di fronte ad una realtà (sociale, economica, politica) in rapida trasformazione (...), lo stato costituzionale pluralista e sociale sia ancora in grado di assicurare i presupposti per i quali è stato realizzato”. In tema, A. RUGGERI, *Lo Stato costituzionale e le sue “mutazioni genetiche”*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 837 ss.; A. SPADARO, *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo Stato*, 8/2017, 139 ss.; AA.VV., *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale. Sovranità Rappresentanza Territorio*, Atti del XXXI Convegno annuale Trento, 11-12 novembre 2016, Napoli 2017. Vedi anche G. AZZARITI, *Democrazia e costituzione nei grandi spazi della contemporaneità*, in F. Brancaccio – C. Giorgi (a cura di), *Ai confini del diritto. Poteri, istituzioni e soggettività*, Roma 2017, 130 ss.

<sup>7</sup> È l'incipit dell'Editoriale di R. DIXON, *Global public law scholarship and democracy*, in *Int. Jour. of Const. Law*, 16, 2018, n. 4, 1049. Vedi M. CASTELLS, *Rupture. The Crisis of Liberal Democracy*, Cambridge 2019.

<sup>8</sup> Cfr. A. HUQ – T. GINSBURG, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in *65 UCLA Law Review*, 2018, 78 ss., in part. 117 ss.

<sup>9</sup> Ne parla T. GROPPI, *Multiculturalismo 4.0*, in G. Cerrina Ferroni – V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli 2018, 735.

<sup>10</sup> Tra i più recenti, cfr. C. JILLSON, *American Government: Constitutional Democracy Under Pressure*, New York 2019; vedi anche T. Ginsburg – A.Z. Huq (eds.), *How to Save a Constitutional Democracy*, 2018; M.A. Graber – S. Levinson – M. Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, cit. Cfr. N. BAVAREZ, *Les démocraties contre la démocratie*, in *Pouvoirs*, 169, 2019, 5 ss.; P. BRAUD, *Les démocraties libérales sont-elles mal-gouvernables?*, *ivi*, 61 ss.; K. SABEEL RAHMAN, *(Re)Constructing Democracy in Crisis*, in *65 UCLA Law Review*, 2018, 1552 ss.; Vedi anche D. HELD, *Rethinking Democracy. Globalization and Democratic Theory*, in W. Streeck (Ed.), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Frankfurt-New York, 1998, 59 ss.

<sup>11</sup> R. DIXON, *op. cit.*, 1058-9; T. GROPPI, *op. cit.*, 740.

quotidianità<sup>12</sup>, avendo cura di ricondurre l'uomo all'autentica (ri)conquista della sua umanità, a renderlo cioè cosciente del suo significato, e quindi del suo valore, ma anche, e forse ancora prima, dei suoi limiti e dei rischi di caduta che gli appartengono<sup>13</sup>; in un'altra, che della prima rappresenta una declinazione sul piano dell'assetto sociale, una sfida che partecipi alla costruzione di un senso comune sulle cose da parte di una comunità politica, il cui ruolo rimane tuttora fondamentale nella definizione della forma, dei contenuti e della stessa struttura di un sistema giuridico<sup>14</sup>.

In un'operazione simile, il ruolo del diritto costituzionale non è per nulla marginale, avendo invero questo ultimo molto da dire (e da dare)<sup>15</sup>. Siamo peraltro nell'*humus* della dottrina häberliana della costituzione come scienza della cultura, secondo la quale le costituzioni non sono “solo un testo giuridico o un armamentario di regole normative, ma anche l'espressione di uno stadio evolutivo culturale, un mezzo di autorappresentazione culturale del popolo, lo specchio di un patrimonio culturale e fondamento delle sue speranze”<sup>16</sup>.

All'interno di un terreno, come quello proprio del diritto costituzionale, che offre la sua fecondità per molteplici combinazioni (e contaminazioni) tra diritto e cultura<sup>17</sup>, si sceglie di soffermarsi su un concetto, quello di *limite*<sup>18</sup>, che - già consustanziale alle costituzioni moderne, come tali per eccellenza atti *del* limite, nel senso che esse si offrono e si pongono come funzionali alla *con*-vivenza per il tramite del *limite*<sup>19</sup> - va recuperato anche nella dimensione culturale di ciascuno come possibile antidoto ad alcune derive della nostra contemporaneità e, dunque, alla crisi in atto.

### 3. Il recupero della funzione, “costitutiva” del costituzionalismo, del limite al potere.

#### 3.1. Il pluralismo come effettività della costituzione e condicio della giustizia costituzionale

Un concetto di limite che, essendo preordinato al pieno riconoscimento dei diritti fondamentali, va declinato innanzitutto come limite *al* potere, e *ai* poteri e che ha trovato la manifestazione più “potente” nell'introduzione della giustizia costituzionale. Questa, nell'assoggettare l'intera dimensione dei pubblici poteri - *ivi* compreso quello del parlamento, espressione diretta della volontà

<sup>12</sup> Si veda sul punto E. MADRUSSEN, *L'inquietudine educativa tra derive, naufragi, orizzonti*, in *Paideutika. Quaderni di formazione e cultura*, n. 23, 2016, in part. 11.

<sup>13</sup> P. BERTOLINI, *L'esistere pedagogico. Ragioni e limiti di una pedagogia come scienza fenomenologicamente fondata*, Firenze 1990, 11.

<sup>14</sup> Così F. BILANCIA, *Etica della cura come etica pubblica. Ripensando la democrazia nel contemporaneo*, in M.P. Paternò (a cura di), *Cura dell'altro. Interdipendenza e disegualianza nelle democrazie contemporanee*, Napoli 2017, 53-54, che specifica come “dall'approccio culturale alle questioni oggetto di valutazione e disciplina giuridica che si affermi in concreto nella società e nella comunità politica dipendono, infatti, i contenuti ideologici e le opzioni politiche assunte a contenuto delle norme”.

<sup>15</sup> T. GROPPI, *op. cit.*, 740. Già altrove ho provato a sottolineare la funzione educativa della Costituzione e, dunque, la necessità del suo insegnamento nelle scuole, previa però, un'adeguata formazione degli stessi insegnanti, cfr. G. LANEVE, *La scuola per la Costituzione e la Costituzione per la scuola: qualche riflessione sulla formazione degli insegnanti*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 13/2014.

<sup>16</sup> P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale*, Milano 2006, 11. Cfr. anche ID., *Lo Stato costituzionale*, Roma 2005; ID., *Una prima lezione di «diritto costituzionale»*, in *Quad. cost.*, 1/2012, 165 ss., in part. 169. Sul pensiero haberliano cfr. J. LUTHER, *La scienza häberliana delle costituzioni*, in P. Comanducci – R. Guastini, (a cura di), *Analisi e Diritto*, Torino 2001, 110, evidenzia “la dialettica tra cultura e costituzione, sviluppata nelle idee di una “costituzione della cultura” e di una “cultura della costituzione”.

<sup>17</sup> IBIDEM, 115, ha parlato di testo costituzionale come «*medium*» tra diritto e cultura.

<sup>18</sup> Alla parola, letta da diverse angolature, è dedicato il numero di *Parolechiave*, n. 58, 2018.

<sup>19</sup> R. BODEI, *Limite*, Bologna, 2016, 91, nell'elencazione dei diversi tipi di limiti esistenti, individua anche le “costituzioni, che definiscono il perimetro dei principi atti a regolare la vita associata di uno Stato”. Si vedano, sul punto, le riflessioni di L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli 2007, in part. 235 ss.

popolare, che prendeva forma nelle leggi<sup>20</sup> - al rispetto della supremazia, non più solo gerarchico-formale ma assiologica, della costituzione<sup>21</sup>, si salda a quest'ultima e la accompagna come un "inseparabile scudiero" fa con il suo "principe"<sup>22</sup>, segnando così il passaggio dalla c.d. legalità *legale* alla legalità *costituzionale*<sup>23</sup>. Da questo momento, anche i "santuari della politica" entrano definitivamente in crisi<sup>24</sup>.

Soprattutto quando pensata e costruita attorno al modello kelseniano di un Giudice *ad hoc*, la giustizia costituzionale si fregia di un mandato ulteriore e più ampio, mettendo in causa «l'osservanza stessa dei principi costituzionali da parte dei poteri», non solo per quel che concerne i contenuti delle loro decisioni, ma anche per quel che attiene ai comportamenti che nelle relazioni reciproche (prima e a monte delle decisioni) essi tengono<sup>25</sup>. Per dirla con Böckenförde, la peculiarità della giurisdizione costituzionale sta nel «suo riferirsi al processo politico, salvaguardandolo e delimitandolo», apparendo pertanto «quale parte istituzionalizzata, secondo le forme giudiziarie (*gerichtsformig*) del processo politico»<sup>26</sup>.

Come *limite* giuridico al potere politico, la giustizia costituzionale è dunque connotato tipico, «corredo essenziale»<sup>27</sup>, e dunque ineludibile, dello Stato costituzionale<sup>28</sup>, ormai peraltro proiettato – pur con non poche difficoltà – verso l'universalizzazione, sotto la spinta propulsiva di una «domanda crescente di razionalizzazione della sfera politica», che porta sempre più a «misurare la politica sul metro del diritto e non viceversa»<sup>29</sup>.

Ma, e il punto è tutt'altro che marginale, affinché potesse compiersi questo passaggio epocale per il XX secolo<sup>30</sup>, è dovuto accadere qualcosa che "rimescolasse le carte", un punto di rottura con il passato<sup>31</sup> che fosse capace di infrangere quella "campana di vetro" entro la quale l'ideologia liberale

<sup>20</sup> Per i processi che hanno portato sino alla prima metà del Novecento a una "divinizzazione della legge", cfr. R. CARRÈ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris (1931), ora tr. it. a cura di M. Calamo Specchia, *La legge espressione della volontà generale*, Milano 2008.

<sup>21</sup> Tra i più recenti, cfr. P. RIDOLA, *Il costituzionalismo e lo stato costituzionale*, in *Nomos*, 2/2018, 3.

<sup>22</sup> A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014, 21.

<sup>23</sup> In tema cfr. M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino 2005, 501 ss.

<sup>24</sup> ID., *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano 1999, 874-5.

<sup>25</sup> Come ben specificato da S. BARTOLE, *La Corte e i poteri*, in *Quad. cost.*, 1/1998, 8.

<sup>26</sup> E.W. BÖCKENFÖRDE, *Giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione*, ora in ID., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di M. Nicoletti e O. Brino, Milano 2006, 642-3.

<sup>27</sup> Così IBIDEM, 626, riferendosi alla diffusione, a partire dagli storici accadimenti del 1989/1990, dei Tribunali costituzionali anche nei Paesi europei appartenenti all'ex blocco orientale.

<sup>28</sup> A. RUGGERI – A. SPADARO, *op. cit.*, 8, affermano che la giustizia costituzionale "costituisce, insieme ai diritti fondamentali, alla separazione dei poteri, alla sovranità popolare e al decentramento istituzionale, l'impianto di base (i "5 pilastri") che perseguono l'obiettivo tipico dello Stato costituzionale, ovvero la realizzazione della "dignità della persona umana"; vedi anche M. LUCIANI, *Giustizia costituzionale e ideale democratico (questioni teoriche ed esperienze italiane)*, in AA.VV., *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Quaderno 2*, Seminario del 1991, Milano 1992, 14; T. GROPPI, *Introduzione. Alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale*, in T. Groppi – M. Olivetti (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano 2003, 7. Sempre valida la nota intuizione della giustizia costituzionale come "valore" costituzionale in sé, cfr. M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1968.

<sup>29</sup> Così E. CHELLI, *Introduzione*, in ID., *Il Giudice delle leggi: la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna 1996, 13. W. C. CHANG, *Back into the political? Rethinking judicial, legal and transnational constitutionalism*, in *Int. Jour. of Const. Law*, 2019, 456, chiaramente afferma che «There is no denial that the most important development in democratic constitutionalism since 1989 has been the global expansion of judicial review».

<sup>30</sup> Cfr. in tema T. GROPPI, *La genesi della giustizia costituzionale negli ordinamenti di matrice britannica*, in R. Orrù, F. Bonini, A. Ciammariconi (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze, modelli. Giornate di Diritto e Storia costituzionale 'Atelier 4 luglio – G.G. Florida'*, III, Napoli, 2012, 47; D. ROSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, 1992.

<sup>31</sup> Cfr. G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Milano 1981.



aveva rinchiuso la legge preservandone universalità e incontestabilità. Nell'immediato dopoguerra, si avvertirono i primi segnali di un fenomeno che poi giungerà a compimento alla fine del Secondo Conflitto Mondiale, ovvero il dissolvimento del mito della sovranità «come categoria fondante della costituzione»<sup>32</sup>. Base e al tempo stesso forza portante e trainante della costituzione non è più un blocco monolitico, identificabile nel *sovrano*, ovvero nello Stato stesso, o anche nel popolo come entità unita e concorde, cui si riconduce indiscutibilmente la titolarità del potere. L'ordinamento, infatti, scopre un nuovo *mito*, quello del *pluralismo*<sup>33</sup>, costituito da un insieme variegato e diversificato di forze sociali e politiche, ognuna portatrice di istanze proprie, che gli impone di affidarsi ad un diverso, e ben più complesso, paradigma nell'esercizio del potere pubblico: quello della composizione continua degli interessi, attraverso procedure anche estenuanti di mediazione tra le molteplici istanze<sup>34</sup>, che segna il passaggio dalla cultura della certezza a quella della *giustificazione*, dei *buoni argomenti*, secondo i criteri di *ragionevolezza* e *proporzionalità*<sup>35</sup>. Si ha a che fare, quindi, con la ricchezza, ma anche con le spigolature della società pluralistica, «la cui *reductio ad unitatem* è sfida e scommessa continua»<sup>36</sup>.

### 3.2. Il pluralismo istituzionale nella Costituzione italiana

Il paradigma dello Stato costituzionale, all'interno del quale s'incastri perfettamente l'esperienza italiana, è quello di un livello del potere che, riflettendo le molteplici virtualità del pluralismo, ormai elemento qualificante dell'*effettività* della stessa costituzione<sup>37</sup>, si informa ai criteri del policentrismo, della diffusione, della collaborazione<sup>38</sup> e che radica, continuamente ritrovando e alimentando, nella

<sup>32</sup> G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 48, che riconoscono in questo fenomeno «la novità di maggior rilievo per il diritto costituzionale» e che «ha dato inizio a un nuovo ciclo storico». Vedi anche M. LUCIANI, *Giustizia costituzionale*, cit., 20, che parla di «periodo cruciale della storia d'Europa e della storia del diritto costituzionale europeo», di «tornante decisivo». Cfr. ID., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss. Vedi H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), tr. it., a cura di A. Carrino, Milano 1989; A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione, Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, I, Milano 1994, in part. 103 ss.

<sup>33</sup> Si vedano le riflessioni di V. ANGIOLINI, *Il «pluralismo» nella costituzione e la costituzione per il «pluralismo»*, in R. BIN – C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1996, 3 ss., che conclude, 17: «il «pluralismo» non è né dovrebbe essere nella costituzione, poiché il promuoverlo e l'alimentarlo spetta anzitutto agli individui e ai «gruppi sociali»; la costituzione può e dovrebbe essere piuttosto per il «pluralismo», ossia dovrebbe impedire (...) vuoi che il «pluralismo» sia distrutto e immobilizzato, vuoi che esso, fortificando i «gruppi», possa ledere gli individui».

<sup>34</sup> C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi: le ideologie del Costituente* (1979), ora ried., Napoli 2014, 153: «proprio quando lo Stato cesserà di essere il portavoce di un solo soggetto storico, per iniziare la sua lenta e contrastata trasformazione che lo porterà ad aprirsi a tutte le componenti della società civile, verranno progressivamente a nudo le divisioni e le lacerazioni che l'ideologia politica dello Stato liberale aveva a lungo mantenuto celate dietro l'idea mistica della universalità della legge». Solo su queste premesse, alcuni dei dogmi più celebrati iniziano a scricchiolare: tra questi la legge, da «espressione monolitica di una fittizia unità di volere» mostra il suo vero essere, e cioè o espressione della volontà di alcuni, la maggioranza governante, ovvero il frutto di una estenuante mediazione tra interessi antagonisti, cfr. 154-155. T. MARTINES, *Lineamenti della giustizia costituzionale in Germania* (1954), ora in ID., *Opere, II, Fonti del diritto e giustizia costituzionale*, Milano 2000, 644, spiega che affinché potesse entrare nei sistemi europei il controllo di costituzionalità c'era bisogno che nelle costituzioni europee si affacciassero i principi della democrazia organizzata e della razionalizzazione del potere».

<sup>35</sup> G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2018, 541. In tema, imprescindibile è il lavoro di L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005.

<sup>36</sup> M. LUCIANI, *Giustizia costituzionale*, cit., 21. Vedi C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), ora ried. Napoli 2014, 8, «in quegli anni, le coordinate del dibattito sono per tutti le stesse, ed è unico il tema generale: l'individuazione delle basi giuridiche dell'unità di fronte alla politicizzazione delle masse e al progressivo estendersi del pluralismo in ambiti prima riservati alla sfera della pura statualità».

<sup>37</sup> P. RIDOLA, *op. cit.*, 2.

<sup>38</sup> R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna 2004, 70, ci ricorda come la collaborazione tra i poteri, nel suo rappresentare «il grasso che fa scorrere gli ingranaggi», è elemento ineludibile per assicurare a qualsiasi forma di governo un minimo di razionale efficienza. Cfr., in part. M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di governo*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, in part. 65. Sul punto, opportune sono le argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 87 del 2012](#).

sua stessa complessità - fatta non solo da una pluralità di soggetti, peraltro non tutti riconducibili al circuito rappresentativo<sup>39</sup>, ma anche da fitte trame di relazioni tra gli stessi, che scorrono in senso orizzontale, verticale e obliquo - la propria legittimazione.

La Costituzione italiana, in luogo di una rigida separazione dei poteri<sup>40</sup>, ha accolto una struttura più fluida, dinamica, ricca di pesi e contrappesi, un sistema di istituzioni porose, tutte investite di frammenti di potere<sup>41</sup>, guardando al quale riecheggia l'insegnamento di Mortati secondo cui la separazione «(vista nel suo sostrato politico) è espressione di pluralismo sociale»<sup>42</sup>.

Una Costituzione “per costituzione” allergica all’*uno* e promotrice dei *più* in ogni luogo dell’esperienza umana, quindi anche in quella del *potere*. Un *favor* che, più che una mera opzione numerica, esprime la scelta radicale (questa sì) del testo costituzionale per un pluralismo inebriante, ricco di cromature e da respirare a pieni polmoni. E che probabilmente trova la più chiara estrinsecazione in quell’art. 5 Cost. dove l’unica evocazione del concetto di unicità – attraverso le declinazioni di *una* e *indivisibile*, proprie della Repubblica – è immediatamente accompagnata dal richiamo forte ai concetti di *autonomia* e *decentramento*, assi portanti, e dunque da riconoscere, promuovere e attuare, del pluralismo istituzionale<sup>43</sup>.

Una Costituzione per la quale ogni forma di potere o è *limitato* o *non è*, come dimostra magistralmente quel comma 2 dell’art. 1 Cost. nel quale il popolo, chiamato a esercitare la sovranità, che gli appartiene, può (e deve) farlo (solo) nei *limiti* e nelle forme previste dalla stessa Costituzione<sup>44</sup> e che non pare ancora così culturalmente radicato come merita. Da qui in poi, l’idea del *limite* si propaga carsicamente pervadendo l’intera trama costituzionale, e riaffiora in superficie in diverse sedi del testo: prima dell’art. 134 Cost. sulle attribuzioni della Corte costituzionale, già nell’art. 11 Cost., dove, in condizioni di parità con gli altri Stati, e ai fini di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni, l’Italia consente alle *limitazioni* di sovranità necessarie; principio-chiave, quest’ultimo, della piena partecipazione del nostro Paese all’Unione Europea e che ha trovato un’ulteriore precisazione, sempre nelle forme del limite, nell’art. 117, comma 1 Cost. riformato nel 2001, nel quale si stabilisce che lo Stato e le Regioni esercitano la loro potestà legislativa non più e solo nel rispetto della Costituzione (limite già operante tramite la giustizia costituzionale), ma anche dei *vincoli* derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; ancora, negli articoli dedicati al Presidente della Repubblica, dove è scritto che spetta a questo organo di garanzia autorizzare la presentazione alle Camere dei disegni di legge di iniziativa del Governo (87, comma 4), promulgare leggi ed emanare i decreti aventi valore di legge e i regolamenti (87, comma 5), poter sciogliere le Camere o una di esse (art. 88, comma 1 Cost.), nominare il Presidente del Consiglio dei Ministri e, su proposta di questo, i Ministri (art. 92, comma 2 Cost.); o ancora nell’art. 101 comma 2 Cost., che dopo aver riconosciuto che la giustizia è amministrata in nome del popolo, sancisce che i giudici sono soggetti solo alla legge; e nell’art. 113 Cost., dove contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

<sup>39</sup> Recentemente vedi A. MORELLI, *Il principio personalista nell’era dei populismi*, in questa *Rivista, Studi*, 2019/II, 367. A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D’Aloia, (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, 569 ss. Cfr. G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 407 ss.

<sup>40</sup> E’ nota la posizione espressa da F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei), ad vocem*, in *Nss. Dig. it.*, Torino 1966.

<sup>41</sup> Così P. RIDOLA, *op. cit.*, 12.

<sup>42</sup> Cfr. C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973, 93.

<sup>43</sup> Sull’art. 5 Cost., cfr. S. STAIANO, *Costituzione italiana: Art. 5*, Roma 2017. In tema, cfr. A. Morelli – L. Trucco (a cura di), *Diritti e territori: il valore dell’autonomia nell’ordinamento repubblicano*, Torino 2015.

<sup>44</sup> Recentemente C. PINELLI, *Populismo*, cit., 30 spiega come il popolo, piuttosto che entità amorfa, “si definisce attraverso le ‘forme’ ed entro i ‘limiti’ in cui esercita il potere sovrano di cui è titolare”. *Ex multis*, cfr. C. ESPOSITO, *Commento all’art. 1 della Costituzione*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 1 ss.

Proprio dalla dimensione europea, poc'anzi richiamata, è peraltro possibile trarre un ulteriore limite che piano piano, e pur tra non poche insidie<sup>45</sup>, si sta definendo nei confronti dello stesso potere degli organi di giustizia costituzionale, fondamentale sì nello Stato costituzionale, ma apparentemente illimitato in quanto di “ultima istanza”<sup>46</sup>. Invero, come è stato efficacemente detto, nella nuova dimensione allargata, è davvero arduo per le singole Corti continuare a considerarsi e a operare come organi «di chiusura», dovendo esse, al contrario, riproporsi, in uno scenario relazionale a più interlocutori, come i più autorevoli canali di comunicazione, di scambio e di messa in rete, di materiali preziosissimi, che trovano sostanza nella ricchezza dei processi interpretativi delle Carte costituzionali; un circolo e *ri-circolo* tra *corti* (per di più non tutte della stessa natura, ma, di pari grado) e tra *carte*<sup>47</sup>. Questa loro proiezione sovrastatale, questa messa in circolo rappresenta la migliore garanzia di giurisdizionalità per ciascun organo di giustizia costituzionale che si radica «nella disponibilità a rimettersi in discussione, a giocare (...) la partita alla pari, ponendo dal canto lo scettro del sovrano che, in gelosa ma angosciante solitudine, può e deve, in ultima istanza, decidere per tutti o su tutti»<sup>48</sup>. In una partita tra Corti che pare così destinata a non avere mai una vera fine, perché si gioca senza «un arbitro col fischietto», si coglie «la cifra identificante del ‘dialogo’», ovvero la «sua strutturale attitudine a prolungarsi, trasformarsi, riassetarsi»<sup>49</sup>. Non a caso, c'è chi, non appena cessato dalla carica di Giudice costituzionale, ha parlato di «fine della solitudine delle corti costituzionali»<sup>50</sup>, giudici ormai *parte* di un ordine più ampio, di una dimensione corale tra corti nella quale non solo si interloquisce, si collabora, si compara, ma dove si è anche sottoposti a un sistema di *controlli* reciproci<sup>51</sup>.

### 3.3. Limite al potere (del popolo) e populismi

Al cospetto di un sistema *di potere e di poteri* ad altissimo tasso di pluralismo, dove l'esercizio del potere sovrano resta diluito in un caleidoscopio di vincoli e contropoteri in modo tale che nessuno imponga l'ultima parola, raggiungendosi questa al più all'esito di percorsi lenti e partecipati<sup>52</sup>, destano non poche preoccupazioni le pretese *riduzionistiche, semplificatrici*, in qualche modo *assolutizzanti* dell'assetto sociale contemporaneo che i movimenti populistici avanzano, incontrando sempre maggior fortuna, a diverse latitudini del mondo<sup>53</sup>.

Una puntualizzazione pare opportuna: anche il fenomeno del populismo non deve sfuggire a un approccio *complesso* che riesca a tracciarne - in riferimento ai diversi contesti geografici e socio-

<sup>45</sup> Si rinvia se si vuole a G. LANEVE, *Legislatore, cit.*, in part. 436 ss.

<sup>46</sup> Per una severa critica relativa alla tendenziale estensione dell'attività della Corte costituzionale, tanto sul piano interno che europeo, cfr. recent. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss.

<sup>47</sup> A. RUGGERI, *Rapporti tra Cedu e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. XV, Studi dell'anno 2011*, Torino 2012, 290.

<sup>48</sup> ID., *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in R. Balduzzi – M. Cavino – J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino 2011, 372. Concetto, questo, molto caro all'Autore e sul quale lo stesso è tornato più volte, cfr. ID., *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress a geometria variabile*, in questa *Rivista, Studi, 2018/III*, in part. 555.

<sup>49</sup> IBIDEM.

<sup>50</sup> Il riferimento è a S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars Interpretandi*, 1/2015, 21 ss.

<sup>51</sup> A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, in *Federalismi.it*, 25/2016, 12-13. Lo stesso A., recentemente, ha precisato che “un decisore che sa di dover comunque tenere conto altresì del punto di vista di altri decisori provvisti della sua stessa *auctoritas* trova proprio in ciò un argine di una certa consistenza al suo quotidiano agire”, ID., *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, in questa *Rivista, Studi, 2017/III*, 501.

<sup>52</sup> G. PINO, *op. cit.*, 542.

<sup>53</sup> Per un prospetto sui risultati ottenuti da partiti populistici in diversi paesi europei, cfr. L. RICOLFI, *Sinistra e popolo. Il conflitto politico nell'era dei populismi*, Milano, 2017, 131 ss.

politici nei quali esso ha preso (e continua a prender) forma - le opportune differenziazioni, per quel che concerne le cause, le modalità di propagazione e di organizzazione dei rispettivi movimenti, le finalità reali che essi intendono perseguire, in ultimo la loro stessa *ratio* ispiratrice<sup>54</sup>. In altri termini, il populismo non merita quella *semplificazione* che ne costituisce, a detta non solo dei suoi avversari, un preciso tratto paradigmatico<sup>55</sup>.

Al netto di questa puntualizzazione, rimane pur vero che all'interno di questa sostanza molto magmatica, contestuale e camaleontica, dove s'integrano mutamente tra loro elementi politici, culturali, psicologici, sociologici ed economici<sup>56</sup> che complicano non poco la lettura che ne può dare il giurista<sup>57</sup>, sia possibile estrarre concetti e percorsi comuni, affinità di pensiero e di pratiche comunicative con le quali tratteggiare dei contorni sufficientemente definiti del fenomeno in questione.

Non è, tuttavia, questa la sede per entrare nel dettaglio di questi tratti caratterizzanti, avendo il presente lavoro lo scopo ben più modesto di soffermarsi brevemente su quello, l'idea di un popolo sovrano tendenzialmente "onnipotente" e dunque non soggetto a vincoli, che nella prospettiva che si sta portando avanti appare come più denso di pericoli per il costituzionalismo democratico, ma altresì più aggredibile attraverso un'operazione di matrice culturale che passi dalla lettura del testo costituzionale.

La narrazione del populismo, muovendo dall'antagonismo netto tra due gruppi assunti come omogenei, da un lato il fronte del *popolo*, naturalmente virtuoso, la massa del "noi", dall'altro, quello dell'élite, ovvero quei pochi che in ragione di varie congetture estranee all'investitura popolare, espropriano la sovranità al primo, racconta della necessità, in nome di un salvifico "ritorno al popolo", di una saldatura *forte e diretta*, ai limiti della immedesimazione, tra volontà "istituzionale", cioè quella che si traduce in decisioni politiche, e volontà popolare. Da qui il ricorso, da parte dei movimenti populistici, a un linguaggio accattivante per il *common man*<sup>58</sup>, che sappia ben utilizzare le

<sup>54</sup> Per una ricostruzione delle differenze, cfr. recent. L. CORSO, *Populismo, limiti al potere e giudici costituzionali. Una lezione americana*, in *Ragion pratica*, 1/2019, 211 ss.; vedi sempre M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 375 ss. Tra i lavori più recenti, cfr. F. FINCHLSTEIN, *Dai fascismi ai populismi: storia, politica e demagogia nel mondo attuale*, trad. it., Roma 2019; K. A. Hawkins et al (eds by), *The Ideational Approach to Populism: Concept, Theory, and Analysis*, London-New York 2019; C. de la Torre (eds by), *Routledge Handbook of Global Populism*, London-New York 2019; M. ANSELMINI, *Populism. An Introduction*, Milton Park-New York 2018.

<sup>55</sup> Semplificazioni, forse, anche quelle che tendono a catalogare il populismo *tout court*, dunque senza le dovute precisazioni, in modo manicheo, nell'emisfero opposto a quello proprio del costituzionalismo. Tra chi sollecita una riflessione che si sganci da questa secca, cfr. recent. B. BUGARIC, *The two faces of populism: Between authoritarian and democratic populism*, in *German Law Journal*, 2019, 20, 390 ss. Vedi anche J. P. MCCORMICK, *La crisi della democrazia contemporanea e il grido di dolore populista*, in *Iride*, 3/2017, 539 ss., in più punti critico verso la nota opposizione al populismo espressa da N. URBINATI, *Democracy Disfigured*, Cambridge 2014; G. PRETERROSSI, *Le ragioni del populismo*, in *Iride*, 3/2017, 599 ss.; G. MARTINICO, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, 71 ss.; L. CORRIAS, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, 6 ss. Per la letteratura americana, cfr. A.R. AMAR, *A Few Thoughts on Constitutionalism, Textualism, Populism*, in *65 Ford. Law Rev.*, 1997, 1657 ss.; M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 1999; R. PARKER, *Here the People Rule. A Populist Manifesto*, Cambridge, Ma., 1994; J. BALKIN, *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*, in *104 Yale Law Jour.*, 1935 ss. Recent., cfr. P. BLOKKER, *Populist Constitutionalism*, in C. de la Torre (eds), *Routledge Handbook on Global Populism*, London, 2018, 113 ss.

<sup>56</sup> Come opportunamente evidenziato da A.M. SALINAS, *Stato di diritto, gioco democratico e populismo*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, 37. Cfr. M. CANOVAN, *Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy*, in Y. Mény, Y. Surel (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, New York, 2002, 25-44

<sup>57</sup> A. HUQ, *The People Against The Constitution*, in *116 Mich. Law Rev.*, 2018, 1125 osserva come senza un "vocabolario" per designare le dinamiche di base del populismo, i giuristi sono privi di quegli strumenti analitici di base, invero necessari, per stimare l'entità e le implicazioni della minaccia.

<sup>58</sup> Il riferimento è soprattutto alla letteratura americana, cfr., *ex multis*, M. KAZIN, *The Populist Persuasion: An American History*, New York 1995.

corsie privilegiate della tecnologia digitale<sup>59</sup>, e che affidi il suo messaggio, sostanzialmente semplificatore dei problemi della modernità, principalmente a un *leader* ultra carismatico.

Oltre che fallace nel presupposto di fondo, cioè la concettualizzazione del popolo come entità omogenea e organica modellata dalla storia e dalla tradizione, e come tale capace di esprimere, rinunciando a qualsiasi forma di *intermediazione*, la volontà generale<sup>60</sup> (persino Ernesto Laclau ha affermato che il popolo dei populist è un *significante vuoto*, potenzialmente colmabile con qualsiasi contenuto<sup>61</sup>), la narrazione sopra rapidamente sintetizzata si rivela pericolosa per le conseguenze cui conduce, principalmente sui seguenti due piani.

In primo luogo, da quella pretesa immedesimazione assolutizzante della volontà popolare, che va solo “traslata” con un movimento *bottom-up*, discende che una volta operato questo spostamento di un blocco (che è) monolitico, all’esercizio del potere, elevato al massimo grado di legittimazione democratica, non è più eccezionale ed opponibile alcunché<sup>62</sup>: basta dare voce *al* popolo, che questi, in quanto omogeneo, indifferenziato, di un solo sentire<sup>63</sup>, restituisce un mandato chiaro, forte, non ambiguo. Perciò, vincolante. Perciò, non (de)limitabile, a maggior ragione dagli organi di garanzia, e in particolare quelli di giustizia costituzionale, lontani da logiche rappresentative<sup>64</sup>.

Proprio quella concezione del potere combattuta, e alla fine ribaltata, dal costituzionalismo e che non potrebbe mai trovare non già collocazione, ma neppure fugaci punti di contatto nel nostro tessuto costituzionale. Com’è stato efficacemente evidenziato, è sufficiente uno sguardo d’insieme al sistema costituzionale italiano (con un discorso che vale peraltro per tutti gli Stati costituzionali ispirati ai valori della democrazia pluralista), per accorgersi di come il popolo sia posto al centro di tutti gli snodi che regolano la trasmissione del potere, senza tuttavia acquistare mai il monopolio di quest’ultimo<sup>65</sup>.

In secondo luogo, una delle conclusioni della narrazione porta a ritenere, o meglio a ridurre, il principio democratico al momento del voto, secondo un modello di democrazia costruito attorno al mero consenso *passivo* dei rappresentati<sup>66</sup>.

Ed invece, in virtù di quell’assetto pluralista più volte qui evocato, la Costituzione declina molteplici luoghi e scandisce diversi tempi per l’esercizio della sovranità popolare. La fitta trama tenuta insieme dalle libertà di manifestazione del pensiero (art. 21), di riunione (art. 17), di associazione (art. 18), e di associazione nei partiti politici (art. 49), dalla libertà della cultura e dell’insegnamento (artt. 9 e 33 Cost.), dallo stesso diritto all’istruzione (art. 34), dalla libertà di

<sup>59</sup> In tema, cfr. recent. M. BARBERIS, *Brexit, Trump e governo giallo-verde: tre esempi di populismo digitale*, in *Lo Stato*, 12/2019, 11 ss.; P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l’uso)*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2019, 71 ss.

<sup>60</sup> È la critica mossa *ex multis* da J.W. MÜLLER, *What Is Populism?*, Philadelphia 2016, 42 ss.

<sup>61</sup> *Ex multis*, E. LACLAU, *La ragione populista*, Roma-Bari 2019.

<sup>62</sup> J.W. MÜLLER, *op. cit.*, 77 afferma che se «the people have willed it (...) no action of a populist government (...) can be questioned», e quindi non è possibile lanciare una sfida contro il leader populista. Vedi, in sintonia, le tesi di A. VOBKUHLE, *Populismo e democrazia*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2018, 785 ss., in part. 789.

<sup>63</sup> Le note critiche sul punto espresse da J.W. MÜLLER, *op. cit.*, spec. 31 ss. M. MANETTI, *op. cit.*, 398, contesta l’idea populista di “un bene comune che sarebbe condiviso spontaneamente dalla stragrande maggioranza di cittadini”.

<sup>64</sup> Ha scritto di recente C. PINELLI, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, 33, che «l’accusa rivolta alle istituzioni di garanzia è di usurpare poteri che in democrazia spetterebbero ai soli rappresentanti. È un’accusa antica, ma che si presenta in una veste nuova. Le garanzie costituzionali sono infatti totalmente estranee ai populist, in quanto sono preordinate a limitare il potere politico, per cui la minaccia investe la loro ragion d’essere, che viene meno non solo quando le Corti costituzionali vengono soppresse, caso piuttosto raro, ma nella stessa misura quando esse, o i giudici comuni, vengono menomate nella loro indipendenza». Si vedano, sul punto, le osservazioni di M. MANETTI, *op. cit.*, 380 ss. Cfr. D. FONTANA, *Unbundling Populism*, in 65 *UCLA Law Review*, 2018, 1482 ss. Per la lontananza degli organi di giustizia costituzionale, e della nostra Corte in particolare, dalle logiche rappresentative, se si vuole cfr. G. LANEVE, *La Riforma “Renzi-Boschi” e la Corte costituzionale: alcune riflessioni sulla diversa elezione dei giudici “parlamentari” e su possibili scenari relativi al nuovo procedimento legislativo*, in *Rivista AIC*, 4/2016, in part. 8 ss.

<sup>65</sup> G. SILVESTRI, *Popolo, populismo e sovranità. Riflessioni su alcuni aspetti dei rapporti tra costituzionalismo e democrazia*, G. Brunelli – A. Pugiottio – P. Veronesi (a cura di), *Studi in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli 2009, 2002.

<sup>66</sup> L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2018, 519. Sul significato del voto, recentissimamente, cfr. L. TRUCCO, *L’esercizio del voto: “dovere civico” in che senso?*, in *Diritto Costituzionale*, 2/2019, 37 ss.

organizzazione sindacale (art. 39) e dal diritto di sciopero (art. 40), dal diritto di petizione (art. 50), rivela una variegata e multiforme immagine di democrazia partecipativa in senso attivo, continuamente vivificata dal libero proliferare di idee, espressioni, voci *contro*, istanze, smentite, e altro ancora, tutte chiamate, attraverso un moto circolare nello spazio pubblico, sempre più multidimensionale e sovranazionale, a concorrere a formare una pubblica opinione *informata* e consapevole. Un modello “estroverso” di democrazia partecipativa, multidirezionale e a raggiera, che probabilmente va rialimentato anche con nuove modalità<sup>67</sup>, ma che proprio alla luce della ricchezza di contenuti, per nulla omogenei, anzi frequentemente divergenti, necessita di forme, procedimentalizzate, di compensazione, negoziazione e riflessione, che solo le istituzioni rappresentative sono in grado di assicurare<sup>68</sup>.

L’alternativa è dare solo il voto su (e per) tutto al popolo (tutto). Alternativa molto sconveniente sia perché il popolo come totalità non è sempre dotato della necessaria competenza (anche tecnica) per decidere<sup>69</sup>, sia perché, come ha avvertito Paolo Pombeni, peraltro in tempi ancora lontani dalle contemporanee tendenze populiste, «spingere sul pedale di quell’acceleratore non è difficile, ma non c’è alcuna garanzia che quella macchina non riesca a correre più forte, perché chi pigia sul pedale ritiene di fare solo un gesto simbolico visto che si illude di avere già sfruttato tutto il suo potenziale: anzi è probabile tutto il contrario, cioè che la macchina riveli potenzialità non immaginate e ingovernabili»<sup>70</sup>.

#### 4. Il limite (dell’io) per l’altro.

Il recupero del senso del *limite*, cui la Costituzione offre – per quanto visto - un contributo di altissimo profilo, è altresì un passaggio chiave nella definizione, sempre in termini che siano di *convivenza*, della dimensione relazionale con l’*altro*. È, infatti, la reciproca limitazione della dimensione di ciascuno, dell’*io* nel mondo, il presupposto insopprimibile che rende pensabile la costruzione della socialità secondo il paradigma della uguale libertà (di tutti)<sup>71</sup>. A ben guardare, non si è per nulla distanti dal senso del limite cui fin qui si è fatto riferimento, se solo si tiene presente come la tendenziale ostilità per il pluralismo come paradigma sociale e istituzionale, ostentata ovvero accuratamente mimetizzata a seconda dei diversi populismi, trova anche la propria base in una netta pretermissione delle ragioni dell’altro, come conseguenza di un agire privo, appunto, del senso del limite<sup>72</sup>.

Viviamo in un’epoca in cui accostare la parola *limite* all’essere umano è operazione molto complicata. Se si presta uno sguardo anche sbrigativo alle enormi conquiste di cui l’uomo si è reso

<sup>67</sup> Ragionando su libro di S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano 2017, G. AZZARITI, *A proposito di democrazia e i suoi limiti*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 2/2017, 3 ritiene che a fronte della debolezza della democrazia attuale, la prognosi valida e percorribile sia quella di “ritrovare il popolo, sturando i canali ostruiti della partecipazione popolare”. In tema, da ultimo, cfr. G.U. RESCIGNO, *Populismo (presunto, asserito e proclamato) e diritto costituzionale in Italia*, in *Ragion pratica*, 1/2019, 286. Vedi anche Cfr. A. VALASTRO, *Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell’attuazione*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 1/2017 e A. Celotto – G. Pistorio (a cura di), *Le nuove “sfide” della democrazia diretta*, Napoli 2015.

<sup>68</sup> A. VOBKUHLE, *op. cit.*, 792 ss.

<sup>69</sup> N. ROSSI, *Giudici, popolo e populismi*, in [Questione Giustizia](http://Questione Giustizia), 1/2019, 20 ha denunciato come «affidare ad una consultazione telematica di persone “ignare” dei dati di fatto un giudizio delicato e cruciale come quello sulle condizioni per l’autorizzazione a procedere ha significato in un colpo solo svilire il compito dei parlamentari, chiamati a decidere in scienza e coscienza, ed affermare un temibile principio: che sulle questioni di giustizia si può deliberare e decidere senza conoscere».

<sup>70</sup> P. POMBENI, *Tra nuova partecipazione e cattivi populismi*, in *Il Mulino*, 6/2002, 1110.

<sup>71</sup> Ancora L. RONCHETTI, *op. cit.*, 240. M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Dir. e Soc.*, 4/2011, 635 ss., 685, secondo il quale la “Costituzione non pretende di definire in positivo, ma si limita a contenere entro i confini necessari perché non ne siano impediti gli analoghi progetti di tutti gli altri”.

<sup>72</sup> Vedi le riflessioni di E. SCODITTI, *Introduzione. Il popolo senza politica*, in [Questione Giustizia](http://Questione Giustizia), 1/2019, 8.

protagonista dalla modernità in poi, con risultati impensabili nei campi – per limitarsi ai più recenti – delle bio-tecnologie, dell’intelligenza artificiale, della robotica<sup>73</sup>, si avverte l’esigenza – nell’ambito di una traslazione dallo stadio umano al *posthuman* – di un mutamento di prospettiva sulla stessa “natura umana”, e sulla sua finitudine<sup>74</sup>. Ma il superamento dei limiti (e del limite) è fin troppo visibile anche in quei territori artificiali messi in piedi dal *Web*, e dalle diverse globalizzazioni che si sovrappongono fino quasi a sostituire, rimuovendone i confini, quelli fisici, naturali, nazionali, commerciali, affettivo-relazionali<sup>75</sup>. O ancora, una tendenziale *illimitazione* emerge anche – non di rado con effetti drammatici – nel rapporto che l’uomo costruisce con l’ambiente naturale<sup>76</sup>. Eppure, quasi trasversalmente a movimenti d’interconnessione globale generativi di non-luoghi privi di confini, si (ri)erigono muri, si tracciano barriere, visibili e non. In nome di un’artificiale omogeneità - costruita su base identitaria e, come visto, alimentata dal populismo - da preservare, si riafferma la potenza includente ed escludente del confine<sup>77</sup>.

Si avverte, in altri termini, la sensazione che più si superano i *limiti dell’uomo*, relativi alle sue ambizioni, a ciò che questi può fare, più compaiono *limiti tra* gli uomini. Il limite è certamente posto – potremmo dire in prima linea – contro le diversità, spalancando così il macro-tema costituzionale del multiculturalismo<sup>78</sup>, ma, a ben vedere, anche tra presunti “simili” traspare una distanza emozionale, relazionale ed empatica (che si registra sin dall’infanzia-adolescenza) che è siderale se confrontata alla prossimità fisica, quasi corporale, cui sempre più siamo costretti nelle città di oggi. Il legame sociale, fattore primario di un senso della *comunità*, e dunque di una buona *con-vivenza*, viene sottoposto a un logorio costante, a forze stressanti che ne mettono ripetutamente a rischio la tenuta.

Occorre, quindi, recuperare uno sguardo sull’*altro* che dia il senso di ciò che questi rappresenta per ciascuno. In un recente saggio è stato sottolineato come l’*altro* oggi sia ontologicamente diverso dall’altro hobbesiano: non più, infatti, un rivale, *concreto* e facilmente *identificabile*, con cui si va allo “scontro” a partire, però, da una condizione generale di uguaglianza, quanto piuttosto una figura *indistinta, senza nome e volto* che incarna essenzialmente la differenza (etnica, religiosa, culturale, socio-economica etc.)<sup>79</sup>. Come tale, presenza al tempo stesso *interna* e *distante, vicina* ed *estranea*, fonte, per dirla con Freud, non già di *paura (Reale Angst)*, quanto più correttamente di *angoscia* (solo *Angst*)<sup>80</sup>, ovvero di una reazione emotiva che a differenza della prima opera nei confronti di oggetti o eventi indefiniti e indeterminati, e tuttavia capace di contribuire a generare quella situazione esistenziale che Bauman ha sintetizzato con il concetto di *Unsicherheit*<sup>81</sup>. Un’angoscia che al tempo stesso genera sentimenti di *astio* e *risentimento* che, però, sono sentimenti fini a sé stessi, passioni – per dirla con Sloterdijk - non timotiche, cioè non produttive di energia attiva, funzionale a trasformazioni sociali e politiche e, dunque, come tali, passioni emancipative<sup>82</sup>.

<sup>73</sup> Si veda, tra gli ultimi, A. CELOTTO, *I robot possono avere diritti?*, in *BioLaw Journal*, 1/2019, 91 ss.

<sup>74</sup> R. BODEI, *op. cit.*, 22-25.

<sup>75</sup> G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 17 nota che «l’azione individuale, abbia essa rilievo nel campo civile, politico o economico, si proietta in una dimensione spazialmente e temporalmente nuova, rimuovendo i confini fisici e psicologici nei quali era stata tradizionalmente racchiusa».

<sup>76</sup> Si vedano, in proposito, le riflessioni di T. GUARNIER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nella prospettiva costituzionale*, in M.P. Paternò (a cura di), *Cura dell’altro*, cit., 119 ss.

<sup>77</sup> Z. BAUMAN, *Missing Community*, Cambridge 2000, trad. it., *Voglia di comunità*, Roma-Bari 2001. Cfr. le acute riflessioni sul punto di N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, 9, che parla di diritto come *geo-diritto*; J. HABERMAS, *Teoria della morale*, trad. it., Roma-Bari 1994.

<sup>78</sup> Si vedano i diversi contributi in G. Cerrina Feroni – V. Federico (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell’integrazione nelle società multiculturali*, cit.

<sup>79</sup> E. PULCINI, *Ospitalità e riconoscimento*, in *Iride*, 86, 1/2019, 66. L’enfasi su generici gruppi e/o culture costituisce non a caso «ulteriore carburante alla incapacità di vedere l’altro», così T. GROPPI, *Multiculturalismo*, cit., 740.

<sup>80</sup> S. FREUD, *Inibizione, sintomo, angoscia* (1926), Torino 1981,

<sup>81</sup> Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale* (1999), Milano 2000.

<sup>82</sup> P. SLOTERDIJK, *Ira e tempo* (2006), Roma 2007, 253.

#### 4.1. L'alterità nella Costituzione: brevi notazioni

Anche su questo terreno, forse soprattutto, il ricorso a una lettura sistematica e “*culturalmente fondata*” del testo costituzionale si svela decisivo. La fitta trama – di *principi, diritti* – di libertà e sociali – e *doveri*<sup>83</sup> – lavorata in prima battuta dai Costituenti e costantemente messa a punto dalla mano del giudice, *in primis* costituzionale, investe di continuo nella relazione *con l'altro*.

Non solo, e già sarebbe sufficiente, perché grazie a quella trama costruiamo, secondo l'insegnamento di Maritain, il «necessario credo umano comune», la «fede democratica secolare»<sup>84</sup>, l'insieme dei principi sui quali i cittadini hanno accettato di fondare la loro vita comune nonostante la diversità o l'antiteticità delle loro tradizioni spirituali o delle scuole di pensiero: in altri termini, quel *pactum societatis* che sigla l'accordo sulle «condizioni dello stare insieme»<sup>85</sup>. Non solo, e sarebbe altresì sufficiente, perché quella “*pari dignità sociale*” scolpita nell'art. 3 Cost. è «un modo di essere del testo costituzionale in ordine al fondamento della posizione del cittadino nei confronti della società e dello Stato, per tutti i momenti che implicano la rilevazione dell'alterità da parte di un soggetto», dunque, «per ogni tipo di rapporto»<sup>86</sup>.

Ma anche perché quel “*pieno sviluppo della persona umana*” nel quale si sublima la *ratio* del testo costituzionale<sup>87</sup>, non è una mera clausola di stile, ma un preciso impegno affinché ogni singola esperienza umana<sup>88</sup>, attraverso le scelte in campo personale, sessuale, culturale, professionale, religioso, politico, ed altro ancora, possa non solo liberamente costruirsi, ma anche continuamente riplasmarsi fino anche a ricostruirsi grazie a scelte di segno diverso o opposto. Scelte siffatte affondano le loro radici anche nel confronto dialettico con le esperienze umane *altre*. Il tutto, all'interno di una cornice costituzionale che, proprio in virtù (ancora) di quell'insopprimibile pluralismo che soffia a ogni latitudine del testo, riconosce il vivere in relazione come «dato ineliminabile dell'esperienza umana»<sup>89</sup>, assicurando tutela alla pluralità di spazi sociali nei quali si esplica tale esperienza<sup>90</sup>; accoglie – salvo il rispetto dei principi fondamentali della stessa Costituzione, che dunque operano ancora come limite in funzione della convivenza - e promuove la più ampia gamma di opzioni esistenziali: già a partire dagli artt. 2 e 3 Cost., per proseguire (ancora) con le previsioni dell'art. 5, dell'art. 6 (che tutela le minoranze linguistiche), dell'art. 8 (che sancisce la uguale libertà delle confessioni religiose), dell'art. 9 (che promuove lo sviluppo della cultura riconoscendo la libertà dell'arte e della scienza e del loro insegnamento), ancora degli artt. 17 e 18 (che tutelano la libertà di riunione e associazione), dell'art. 19 (libertà religiosa), dell'art. 33 (che prevede la possibilità di scuole private accanto a quelle statali), dell'art. 39 (che tutela l'organizzazione sindacale), dell'art. 49 (sul ruolo dei partiti politici) etc.

<sup>83</sup> Da ultimo, cfr. la Rivista *Diritto Costituzionale*, 2/2019, *Doveri costituzionali*, a cura di A. Morelli.

<sup>84</sup> J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, Milano 1975, 131.

<sup>85</sup> G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *op. cit.*, 27.

<sup>86</sup> Così G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in AA.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano 1973-74, 1089 ss.

<sup>87</sup> Secondo A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 17/2013, 3, il principio personalista va inteso come «il principio, come ciò che sta appunto all'inizio e, a un tempo, alla fine del percorso costituzionale che con esso si apre e in esso circolarmente si chiude, perfezionandosi e da se medesimo giustificandosi». Cfr. G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. Cortese – C. Caruso – S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano 2018, 97 ss.; A. MORELLI, *Il principio personalista*, cit.

<sup>88</sup> Ancora A. RUGGERI, *Il principio personalista*, cit., *passim*. Vedi A. LOIODICE, *Attuare la Costituzione. Sollecitazioni straordinarie*, Bari 1999.

<sup>89</sup> Così G. DALLA TORRE, *Dottrina sociale della chiesa e diritto*, in *Iustitia*, 1/2005, 43.

<sup>90</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali, ad vocem*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1989, 13. La disciplina dei diritti sociali, infatti, è “*incentrata sui luoghi e legami sociali (famiglia, scuola, lavoro, ambiente di vita personale e collettivo) nei quali e mediante i quali il singolo individuo esprime e svolge la propria personalità*”, così V. TONDI DELLA MURA, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia*, in *Dir. e Soc.*, 4/2005, 525.



C'è bisogno di aprirsi al *portato* dell'altro, vale a dire predisporre ad accogliere ciò che l'altro porta (*a me*). Un occhio attento all'etimologia delle parole aiuta: l'altro, infatti, è sì *diverso* - che dal latino *dis-versus*, *dis-vertere* rinvia a qualcuno che si volge *altrove* rispetto alla mia direzione (volto contro, dal *dis*-prefisso nominale), alludendo pertanto a un individuo che non è o *non ha* come me -, ma anche *differente*, che invece, da *dis-ferre* (portare) evoca la positività di ciò che l'altro è in grado di portare (*a me*), arricchendomi<sup>91</sup>. Ha scritto Heller che «il soggetto singolo resta punto centrale d'esperienza e centro di atti della realtà sociale; esso lo diventa e lo è, però, non come monade isolata e chiusa ma soltanto nella sua correlazione con altri soggetti: l'io senza il correlato del Tu – essi si evocano reciprocamente – non può affatto venire pensato (...) Solo tramite il carattere dialettico del concetto di Io (...) è possibile porre il soggetto nella realtà sociale come produttore e prodotto, senza cristallizzarlo in una sostanza e senza funzionalizzare la realtà sociale in relazioni»<sup>92</sup>.

Rispetto all'*altro* non sono bastevoli il rispetto e la tolleranza, occorrendo invero uno sforzo culturale ulteriore: bisogna misurare se stessi con l'*altro*, nel senso di esporsi alle *sue* contestazioni<sup>93</sup>. La relazione con l'*altro* non può non mettere in moto un lavoro (che è anche e prima) su sé stessi<sup>94</sup>, che apre, cambia prospettiva e dà l'autentico significato all'esperienza relazionale. Si tratta di una sfida educativa, che poi è teleologicamente orientata anche a promuovere uno sguardo sul mondo che sia empatico<sup>95</sup>, che prende luce dalla capacità di mettersi (anche) *dalla parte* dell'altro, o, per dirla con le splendide parole di Martha Nussbaum, «*to think what it might be like to be in the shoes of a person different from oneself*»<sup>96</sup>.

Una sfida cui il diritto costituzionale *tout court*, e la nostra specifica esperienza costituzionale, offrono un contributo di grande respiro.

## 5. Conclusioni.

La contemporaneità, e il futuro prossimo, mettono sul tavolo una serie di complessità, di pericoli, ma anche di sfide positive, che richiedono all'uomo il recupero del senso *delle cose* che passa necessariamente attraverso il coraggio di riflettere (nuovamente) *sulle cose*. Sta qui una lungimiranza alla quale tutti siamo chiamati a rispondere.

Il senso del limite (*al* potere e *per* l'altro), sul quale in queste brevi pagine ci si è voluti soffermare, è un passo, parziale certo, ma non per questo rinunciabile, in questa direzione. E segna in maniera indelebile il contributo di cui ci si arricchisce guardando, in questa operazione, alla Costituzione. Qui, infatti, si ritrova innanzitutto un metodo, un modo di porsi rispetto alle persone e dunque alle cose. Un metodo imperniato sul valore del pluralismo e che, come tale, assume una profonda funzione pedagogica: come detto magistralmente da Antonio Ruggeri, «l'approccio plurale “educa” a rifuggire da ogni forma, palese ovvero occulta, di dogmatismo, per aprire piuttosto le menti (e – vorrebbe dirsi – anche i cuori) all'accettazione della possibile (e, per certi versi, persino auspicabile) diversità dell'altro. Da questo punto di vista, la tavola dei valori costituzionali spiana il terreno allo scopo di agevolare, in ogni modo, il confronto: allarga gli spazi, non già li restringe o, peggio, li chiude»<sup>97</sup>.

<sup>91</sup> Mi piace, e mi sia consentito qui, rinviare a C. LANEVE, *Lo scrivere pensato, ossigeno per la società democratica*, in Id. (a cura di), *La scrittura come gesto politico*. La beauté d'une pratique, Barletta, 2018, 21-22.

<sup>92</sup> H. HELLER, *Staatslehre* (1934), ora *Dottrina dello Stato*, ed. it. a cura di U. Pomarici, Napoli 1988, 133.

<sup>93</sup> E. PULCINI, *op.cit.*, 72.

<sup>94</sup> Ha scritto recentemente T. GROPPI, *ult. op. cit.*, 737, che anche nella vita collettiva “di fronte alle difficoltà di una relazione la prima, e forse l'unica cosa da fare sia lavorare su sé stessi”.

<sup>95</sup> T. GROPPI, *ult. op. cit.*, 741 e 743.

<sup>96</sup> M. NUSSBAUM, *Not for Profit*, cit., 94-95, che parla di questa come la terza abilità necessaria per il *citizen*, o dopo la conoscenza e la logica.

<sup>97</sup> A. RUGGERI, *Il diritto all'istruzione (temi e problemi)*, in *Riv. giur. della scuola*, ora in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti, XII – studi dell'anno 2008*, Torino 2009, 391.

**Antonio Ruggeri**

**Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di costruzione**

SOMMARIO: 1. Lo scarto tra i principi fondamentali e le norme di organizzazione, le insufficienze delle tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto eurounitario e diritto interno, il bisogno di una disciplina legislativa dei conflitti. – 2. Disapplicazione ed annullamento quali tecniche usualmente viste come reciprocamente alternative, l'aporia teorica di costruzione riconducibile alla diversa qualifica delle antinomie tra norme dell'Unione e norme interne, ora facendosi luogo allo schema della *irrelevanza* per la definizione del caso ed ora a quello della *invalidità*, la stranezza costituita dal fatto che l'art. 11 cost. parrebbe allo stesso tempo richiedere la disapplicazione e l'annullamento delle norme interne incompatibili con norme sovranazionali. – 3. L'opportunità della previsione con legge del cumulo dei rimedi, sì da aversi tanto la disapplicazione quanto l'annullamento delle norme di diritto interno contrarie a norme eurounitarie. – 4. La conferma della naturale precedenza della pregiudizialità "comunitaria" sulla pregiudizialità costituzionale e gli effetti negativi che potrebbero aversi dandosi invece la precedenza alla seconda, specie per l'aspetto dei conflitti tra le Corti che potrebbero conseguire allo svolgimento del sindacato accentrato. – 5. Il vizio di partenza da cui si alimentano le aporie di costruzione di cui si ha riscontro al piano della soluzione delle antinomie: il difetto di una *Europaklausel* introdotta con fonte costituzionale e corredata dei suoi opportuni svolgimenti con legge comune. – 6. Un rapido confronto tra il rilievo assegnato alla Carta di Nizza-Strasburgo e quello riconosciuto alla CEDU e le aporie teoriche al riguardo rilevabili nell'orientamento giurisprudenziale fin qui affermatosi. – 7. La necessità di un complessivo equilibrio di ordine istituzionale (tra legislatore e giudici come pure tra questi ultimi *inter se*) quale condizione indefettibile di un lineare avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale e di un ottimale appagamento dei diritti, e l'ulteriore aporia costituita dalla sollecitazione rivolta dalla Consulta ai giudici comuni a disattendere il precetto dell'art. 11, sollevando questioni di "costituzionalità-eurounarietà" inammissibili, in quanto riferite a norme-parametro dagli stessi giudici qualificate come *self-executing*.

*1. Lo scarto tra i principi fondamentali e le norme di organizzazione, le insufficienze delle tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto eurounitario e diritto interno, il bisogno di una disciplina legislativa dei conflitti*

Enuncio subito la tesi che mi prefiggo di argomentare in questa succinta riflessione in cui tento di fare il punto sullo stato di avanzamento raggiunto dalla integrazione sovranazionale e sui non pochi né lievi problemi ad oggi rimasti insoluti o, comunque, in modo insoddisfacente affrontati e fatti oggetto di sistemazioni teoriche bisognose di incisive correzioni. La tesi è che si dà uno scarto vistoso tra i principi fondamentali in materia di rapporti interordinamentali, quali risultano stabiliti sia in ambito interno che in ambito sovranazionale, e le regole preposte a darvi svolgimento, specificamente per ciò che attiene alla risoluzione delle antinomie insorgenti al piano dei rapporti medesimi. In buona sostanza, complessivamente carenti appaiono essere le tecniche al riguardo utilizzate, frutto peraltro di una lunga e sofferta elaborazione giurisprudenziale, ad oggi in corso e fatta oggetto di continui aggiustamenti, ripensamenti, oscillazioni. Tecniche, dunque, inadeguate ad appagare il bisogno di un equilibrato assetto dei rapporti in parola, all'insegna del *principium cooperationis* che ne dovrebbe governare gli svolgimenti in linea appunto con le indicazioni date dai principi.

È evidente che tra i principi fondamentali e le norme di organizzazione in genere si dà pur sempre uno scarto ora più ed ora meno consistente e vistoso, a motivo della eccedenza assiologica che connota i primi; il punto è, però, che le tecniche decisorie di cui ad oggi si dispone, per il modo con cui sono in concreto utilizzate, non consentono – a me pare – di dar modo alle aspettative nutrite dagli operatori e, più ancora, dai soggetti che ad essi si rivolgono per avere giustizia di essere adeguatamente soddisfatte.

Se ne ha conferma dalle aporie teoriche di costruzione di cui si ha ad oggi riscontro, nei cui riguardi la stessa dottrina e giurisprudenza che ne sono responsabili hanno fatto (e fanno) come lo struzzo davanti al pericolo, fingendo di non vederle.

Il vero è che, al fondo, sta un'annosa latitanza del legislatore che avrebbe dovuto far luogo alla produzione di un pugno di indicazioni positive essenziali in funzione della risoluzione delle antinomie interordinamentali, tracciando dunque l'alveo entro il quale dar modo alla giurisprudenza di fluire, specificando ed adattando le indicazioni stesse a mezzo di regole congrue rispetto alle peculiari esigenze dei casi.

Sia chiaro. Convenzioni prima e, laddove possibile, consuetudini poi di matrice giurisprudenziale, idonee a concretarsi in un vero e proprio "diritto vivente"<sup>1</sup>, sono non meno preziose e conducenti al fine di quanto lo siano i canoni di matrice legislativa: al tirar delle somme, infatti, non può farsi a meno né delle une né degli altri. Un esito, questo, ormai avvalorato da plurime e ricorrenti esperienze.

Sappiamo, poi, che le tecniche decisorie sono in buona sostanza di "invenzione" pretoria, specie per mano del giudice costituzionale per un verso, dalle Corti europee per un altro, risultando (con particolare evidenza, in alcuni casi recenti<sup>2</sup>) dirompenti nei riguardi non soltanto dei canoni positivi ma persino – ed il punto è di particolare rilievo – dello stesso assetto dapprima definito per tali tecniche per via giurisprudenziale<sup>3</sup>. Il varo a getto continuo di sempre nuove "varianti" dei tipi usuali è la più attendibile riprova della necessità di far luogo ad una complessiva ridefinizione del quadro, alla quale i giudici – com'è chiaro – non possono far venir meno il loro costruttivo e fecondo apporto, e però la prima parte spetta pur sempre al legislatore. E ciò, non soltanto al fine di preservare uno dei tratti essenziali, costitutivi ed espressivi allo stesso tempo del costituzionalismo di matrice liberale, che è dato dalla tipizzazione dei ruoli istituzionali, ma anche (ed a questo strettamente connesso e da esso *quodammodo* discendente) al fine di salvaguardare quel bisogno di certezza del diritto che è messo a rischio da continue "invenzioni", secondo occasione, di nuove tecniche decisorie ovvero di "varianti" di tecniche usuali. Ed è singolare che proprio la giurisprudenza che dà mostra di avere particolarmente a cuore la salvaguardia del valore in parola, in nome del quale si è, ancora di recente, assistito ad un brusco mutamento d'indirizzo in ordine alla risoluzione di certe antinomie interordinamentali<sup>4</sup>, non si avveda che il continuo fiorire delle tecniche in parola, nella perdurante mancanza di un'adeguata cornice legislativa che le riguardi e contenga, unitamente alle oscillazioni che ne accompagnano l'esercizio, comporta fatalmente il sacrificio della certezza o, come che sia, vi reca una grave menomazione.

---

<sup>1</sup> ... tanto più apprezzabile, poi, laddove risulti dallo sforzo congiunto prodotto da operatori dislocati a diversi livelli istituzionali ed ordinamentali, ponendosi quale il frutto maturo e succoso di un "dialogo" intergiurisprudenziale – come si è soliti chiamarlo – andato a buon fine. È singolare che la teoria costituzionale abbia ad oggi trascurato di prestare attenzione alle regole convenzionali e consuetudinarie venutesi a formare al piano delle relazioni interordinamentali, circoscrivendo – come di consueto – lo studio al solo ambito interno: una carenza, questa, che appare particolarmente vistosa sol che si pensi allo stadio avanzato raggiunto dal processo d'integrazione europea.

<sup>2</sup> Si pensi, per fare solo i primi esempi che vengono in mente, alla singolare decisione adottata con la [ord. n. 207 del 2018](#) in materia di esperienze di fine-vita o – con riguardo ad esperienze maggiormente contigue a quelle qui specificamente rilevanti – alle ripetute e gravi deviazioni dal canone della rilevanza registratesi con la giurisprudenza sulle leggi elettorali o, ancora, al superamento della incidentalità operato dalla discussa (e discutibile) pronuncia sulla [Robin tax del 2015](#).

<sup>3</sup> Non si tratta – come si dirà meglio tra non molto – di un mero accidente; piuttosto, è la eloquente testimonianza della insofferenza crescente della giurisprudenza a mantenersi entro gli argini, per bassi che siano, eretti dal legislatore e persino entro quelli dalla stessa giurisprudenza dapprima fissati. La qual cosa è, poi, la migliore conferma del bisogno di una nuova, *temporis ratione* adeguata, "razionalizzazione" positiva, consigliabile in via generale per l'esercizio della giurisdizione costituzionale e particolarmente pressante con riferimento alle relazioni interordinamentali qui oggetto di studio.

<sup>4</sup> Mi riferisco – com'è chiaro – specificamente al nuovo indirizzo inaugurato da [Corte cost. n. 269 del 2017](#), di cui si dirà, per l'aspetto interessante questo studio, a momenti.

2. *Disapplicazione ed annullamento quali tecniche usualmente viste come reciprocamente alternative, l'aporia teorica di costruzione riconducibile alla diversa qualifica delle antinomie tra norme dell'Unione e norme interne, ora facendosi luogo allo schema della irrilevanza per la definizione del caso ed ora a quello della invalidità, la stranezza costituita dal fatto che l'art. 11 cost. parrebbe allo stesso tempo richiedere la disapplicazione e l'annullamento delle norme interne incompatibili con norme sovranazionali*

Circoscrivendo ora l'esame ai soli rapporti con il diritto dell'Unione europea e riservando ad altro studio quello dei rapporti con il diritto internazionale<sup>5</sup>, le tecniche di risoluzione delle antinomie si risolvono, a conti fatti, nella disapplicazione (o – come una risalente giurisprudenza preferiva dire – “non applicazione”) delle norme interne accompagnata dalla contestuale applicazione diretta delle norme (ieri comunitarie ed oggi) eurounitarie, per un verso, e, per un altro verso, nella dichiarazione d'incostituzionalità, di regola, delle prime ed eccezionalmente delle seconde (per il tramite della legge di esecuzione che vi dà giuridico rilievo nell'ordine interno), ove dovesse opporsi al loro ingresso in ambito nazionale l'arma dei “controlimiti”. Due sole tecniche, peraltro usualmente viste come alternative tra di loro ed anzi riportabili a due qualificazioni radicalmente divergenti dei conflitti internormativi. Lo schema dell'annullamento per mano del giudice costituzionale presuppone, infatti, la *invalidità* della norma che vi è soggetta, mentre lo schema della “non applicazione” dell'una norma accompagnata dall'applicazione diretta dell'altra rifugge dal riferimento alla categoria teorica della invalidità e si rifugia piuttosto in quella della *rilevanza* della norma fatta valere per il caso, giusta la messa a punto dei rapporti in parola fatta da [Corte cost. n. 170 del 1984](#), a firma del compianto Antonio La Pergola, protagonista della svolta operata con tale decisione.

Balza qui subito agli occhi una palese aporia teorica di costruzione, già in altri luoghi di riflessione scientifica rappresentata; ed è che non si capisce come possa mai il contrasto tra norme dei due ordinamenti, che tale è (e resta), andare soggetto a qualifiche in tutto diverse tra di loro, esclusivamente per il fatto che alcune norme sovranazionali presentano l'attitudine ad essere portate ad immediata applicazione ed altre invece ne sono prive.

V'è di più, dal momento che, allo stadio attuale di sviluppo della giurisprudenza in tema di rapporti tra diritto dell'Unione e diritto interno, la medesima antinomia potrebbe essere qualificata come causa ora d'invalidità ed ora di “non applicazione” della norma nazionale sol perché, nell'un caso, il giudice si sia determinato a rivolgersi alla Consulta e quest'ultima abbia accolto la questione di costituzionalità sollevata e, nell'altro, abbia preferito avvalersi subito dello strumento del rinvio pregiudiziale, all'esito del quale abbia fatto luogo alla messa da canto della norma stessa.

Divergenti qualificazioni, dunque, frutto di libera (e, a quanto pare, insindacabile) scelta del singolo operatore di giustizia che, persino in due circostanze identicamente connotate, potrebbe optare per l'uso di tecniche decisorie diverse. Tanto più, poi, che *in ogni caso* si registra pur sempre una violazione indiretta dell'art. 11 della Carta costituzionale, nel quale per consolidato (e, potrebbe dirsi, ormai consuetudinario<sup>6</sup>) riconoscimento è da rinvenire la “copertura” del diritto sovranazionale.

---

<sup>5</sup> Farò, nondimeno, qualche richiamo alla giurisprudenza sulla CEDU, naturalmente evocato in campo trattando della Carta di Nizza-Strasburgo, ed un rapidissimo cenno a quella sulle norme internazionali generalmente riconosciute attinenti alla salvaguardia dei diritti fondamentali ovvero incidenti sulla stessa; nulla, invece, dirò del rilievo assegnato ai trattati internazionali in genere.

<sup>6</sup> Altra cosa è poi stabilire se si tratti di una consuetudine *praeter* ovvero *contra Constitutionem*, che nondimeno – si faccia caso – incide pur sempre su principi fondamentali dell'ordinamento, dal momento che l'assetto dei rapporti interordinamentali è definito dagli artt. 10 e 11, nonché (con specifico riguardo alle Carte dei diritti) dagli artt. 2 e 3, nel loro fare “sistema” con i principi fondamentali restanti. D'altronde, l'integrazione o, a mia opinione, più rettamente la deroga dei principi medesimi si è altresì avuta in occasione del rifacimento del Titolo V operato nel 2001, con l'aggiunta del riferimento agli obblighi internazionali e “comunitari” nell'art. 117, comma 1., che ha comunque comportato un'alterazione dell'assetto suddetto, ormai consolidatosi ad opera della giurisprudenza che, mai dubitando della validità di questa come di altre norme della legge di revisione in parola, vi ha dato il suo fattivo e generoso avallo. In realtà, per ragioni che non possono qui essere esplicitate, la giurisprudenza ha preferito (e preferisce) non opporsi frontalmente alle innovazioni di forma costituzionale, portandone alla luce le interne incoerenze e le violazioni nei riguardi dei principi di base dell'ordinamento, facendo piuttosto luogo in non pochi casi alla loro sostanziale manipolazione per via interpretativa.

Una “copertura” costituzionale *necessaria*, perlomeno fintantoché il processo costituente europeo in corso non perverrà alla sua naturale, compiuta maturazione<sup>7</sup>. Anche in quest’ultima eventualità – sempre che davvero si abbia, seppure in forme inusuali, incomparabili con quelle affermatesi nelle esperienze statali –, non è poi detto che la *sovranità costituzionale* – se così vogliamo chiamarla – esca definitivamente di scena. Quest’esito, anzi, a mio modo di vedere, non è comunque possibile, se si tiene fermo l’assunto, espressivo di un autentico principio fondamentale indisponibile, secondo cui l’Unione poggia (e deve costantemente poggiare) nei suoi svolgimenti istituzionali su basi rese solide dal riconoscimento e dalla salvaguardia delle identità costituzionali degli Stati che vi appartengono. Il principio di cui all’art. 4.2 del Trattato<sup>8</sup>, insomma, non è – come dire? – un *principio della transizione* ma, per il fatto di essere legato a filo doppio al principio di cui all’art. 2 (che, a sua volta, come sappiamo, si richiama ai principi propri del costituzionalismo d’ispirazione liberale), è – unitamente al principio del primato – l’essenza stessa della Costituzione materiale dell’Unione<sup>9</sup>, così come – si dirà a momenti – della Costituzione materiale degli Stati è parte integrante, indefettibile, il principio di apertura al diritto internazionale e sovranazionale, nelle forme e nei limiti che saranno a breve precisati. D’altro canto, è persino banale dover qui rammentare che gli Stati non acconsentirebbero mai alla nascita di una Europa *pleno iure* unita nella quale dovessero smarrire la loro identità costituzionale, non riconoscendosi più nell’immagine e nella struttura da essa conseguita.

L’Unione ha già oggi e più ancora dovrà avere in futuro una propria identità costituzionale<sup>10</sup>, così come ce l’ha ciascuno degli Stati che la compongono, identità, tutte, che presentano connotati peculiari, nondimeno poggianti su una base comune: esattamente, come si ha per piante diverse ma dalle radici reciprocamente intrecciate e ormai inestricabili, se non col costo di vederle appassire.

<sup>7</sup> Pochi dubbi possono, a mio modo di vedere, darsi circa la sussistenza del processo in parola, il quale nondimeno esibisce connotati suoi propri non comparabili con quelli di cui si ha riscontro nell’esperienza statale. Basti solo pensare al fatto che la discontinuità costituzionale non è prodotta al piano europeo da un colpo di stato o una rivoluzione e che il processo in parola ha una lunghissima gestazione segnata da alterne vicende, senza che sia chiaro quale potrà esserne lo sbocco finale.

<sup>8</sup> Il disposto ha costituisce (e seguita senza sosta a costituire) oggetto di letture di vario segno (riferimenti, di recente, in S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l’interpretazione dell’“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell’UE*, in Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l’Union: la long parcours de la justice européenne, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall’integrazione europea*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 20/2018, 24 ottobre 2018, spec. §§ 5 e 6; F.-X. MILLET, *Plaidier l’identité constitutionnelle de l’État devant la Cour de justice*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 831 ss.; v., inoltre, i contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna - C. Fasone - G. Piccirilli, in *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018, 205 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, ESI, Napoli 2018, spec. 82 ss. e 163 ss.; G. DI FEDERICO, *Il ruolo dell’art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 333 ss. e, dello stesso, *amplius*, già, *L’identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell’Unione europea. Natura e portata dell’art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; C. PANZERA, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della “doppia fedeltà”. L’esperienza italiana*, in *Rev. gen. der. cost.*, 29/2019; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2019, 338 ss., e, della stessa, *Unità nella diversità o diversità nella unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 2/2019, 9 giugno 2019) che, nondimeno, non pregiudicano – a me pare – l’esito ricostruttivo da cui prende le mosse l’analisi che si va ora facendo.

<sup>9</sup> Ampiamente discusso – come si sa – il rapporto intercorrente tra il primato, da un canto, e il rispetto delle identità costituzionali, dall’altro. La loro composizione ad unità significativa resta nondimeno ad oggi avvolta da nodi teorici problematicamente districabili e – ciò che più importa – resta soggetta a sofferti bilanciamenti interni. Sta di fatto che, al pari di Giano bifronte, l’Unione è sollecitata a volgersi ora verso (o, meglio, dentro) di sé ed ora verso gli Stati. La circostanza, poi, che il principio del rispetto in parola assurga a principio di base dell’ordinamento euorunitario dà conferma che primato ed identità non possono essere tenuti innaturalmente distinti (o, peggio, contrapposti) ma devono, nel vivo dell’esperienza, porsi come una sola cosa.

<sup>10</sup> È questa la migliore conferma della esistenza di un *diritto costituzionale* dell’Unione, dai tratti nondimeno originali (se ne può vedere la illustrazione in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*<sup>5</sup>, Giappichelli, Torino 2019).

Insomma, perlomeno ad oggi, dello schema della “copertura” costituzionale e della fonte “interposta” non si può – a quanto pare – fare comunque a meno, *ogni* violazione del diritto (dapprima comunitario ed ora) eurounitario ridondando, *dal punto di vista dell’ordine interno*<sup>11</sup>, in violazione dell’art. 11, salva ovviamente la eventualità che entrino in campo i “controlimiti”. *Per ciò stesso*, dovrebbe dunque *sempre* farsi valere lo schema della invalidità e, ad esso conseguente, quello dell’annullamento.

Qui, però, è il *punctum crucis* della questione ora discussa.

Le radici delle aporie teoriche di costruzione, di cui si viene ora dicendo, stanno nel fatto che lo stesso art. 11 parrebbe – come si è altrove mostrato<sup>12</sup> –, *allo stesso tempo*, richiedere la messa in atto della tecnica dell’annullamento e di quella della “non applicazione” delle norme interne incompatibili con norme sovranazionali *self-executing*. Sollecita, infatti, a far luogo alla prima la riconosciuta attitudine del diritto sovranazionale ad “interporsi” tra la Costituzione e le leggi nazionali<sup>13</sup>; obbliga, di contro, a far luogo alla seconda la previsione del Trattato che, senza distinzione di sorta<sup>14</sup>, richiede l’immediata applicazione delle norme sovranazionali *self-executing*, con la conseguenza che, ove ciò non dovesse aversi, verrebbe senza rimedio inciso l’art. 11<sup>15</sup>. Come Giano bifronte, il disposto costituzionale in parola si volge tanto verso l’un rimedio quanto verso l’altro; il punto è però che, a stare alla giurisprudenza ad oggi affermatasi, l’una tecnica è *alternativa* all’altra<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Diverso è, ovviamente, il punto di vista dell’Unione; ma, non si trascuri, neppure per un momento, che tra i principi di struttura della stessa – come si è un momento fa rammentato – v’è appunto quello della salvaguardia dei principi di struttura degli Stati, i quali dunque facendosi reciproco rimando già al presente si presentano *quodammodo* intrecciati, in essi specchiandosi la integrazione sovranazionale in corso.

<sup>12</sup> Mi sono, ancora non molto tempo addietro, intrattenuto sul punto nel mio *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in [Organizzazione internazionale e diritti umani](#), 3/2019, 15 luglio 2019, 522, in nt. 25.

<sup>13</sup> È ancora da approfondire al piano teorico (ed in attesa di eventuali riscontri giurisprudenziali, ad oggi insistenti) la questione se la “interposizione” in parola valga unicamente nei riguardi delle leggi comuni ovvero per le stesse leggi di forma costituzionale. La circostanza per cui il diritto eurounitario si trovi obbligato – secondo dottrina e giurisprudenza correnti – a prestare ossequio ai principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale parrebbe deporre per la sua piena assimilazione alle leggi approvate con le procedure di cui all’art. 138; la qual cosa farebbe pensare a sempre possibili deroghe nei suoi riguardi ad opera di leggi costituzionali sopravvenienti. *Dal punto di vista dell’Unione*, tuttavia, questa eventualità è senz’altro da scartare, risultando altrimenti pregiudicata l’essenza dell’Unione stessa; e tale punto di vista gode – come sappiamo – della “copertura” di cui all’art. 11. Sembrerebbe, dunque, che, fintantoché il diritto sovranazionale si mantenga rispettoso dei “controlimiti” (condizione del suo vigore in ambito interno giudicata indefettibile), esso non possa subire menomazione di sorta da parte di atti espressivi di *potere costituito*, quand’anche provvisti della forma apprestata dall’art. 138. Se le cose dovessero stare davvero così, se ne avrebbe che, in ambito interno, le norme eurounitarie si situerebbero in un grado intermedio tra i principi fondamentali e le “comuni” norme costituzionali (una conclusione, questa, rilevo qui di passaggio, che potrebbe considerarsi valevole altresì per le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute).

È poi chiaro che tutto il ragionamento ora svolto s’inscrive nella cornice teorica comunemente accolta e favorevole alla opponibilità dei “controlimiti” tanto al diritto eurounitario quanto al diritto internazionale consuetudinario. In altri luoghi di riflessione scientifica, ho tuttavia preso le distanze da un siffatto modo di vedere le relazioni interordinamentali. Rivedendo, infatti, queste ultime alla luce del “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela dei diritti (e, in genere, dei beni della vita) costituzionalmente protetti, se ne ha che solo nei singoli casi può stabilirsi quale *norma – indipendentemente dalla sua provenienza e dalla forma di cui si rivesta* – potrà affermarsi a discapito dell’altra con cui entri occasionalmente in conflitto (cfr. al mio punto di vista quello, finemente argomentato, che è in S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, cit.).

<sup>14</sup> Il punto è molto importante, ed è bene tenerlo a mente sin d’ora, con riserva di approfondimenti trattando del peculiare trattamento che dovrebbe riservarsi alle norme della Carta di Nizza-Strasburgo e, dopo la [20 del 2019](#), anche a norme di diritto derivato ad esse “connesse”.

<sup>15</sup> È francamente singolare che la giurisprudenza costituzionale inaugurata con la [269 del 2017](#) e i suoi benevoli *laudatores* non abbiano preso di petto questa obiezione tentando in qualche modo di superarla. Come si dirà meglio sul finire di questa riflessione, chiedere infatti ai giudici di rivolgersi alla Consulta per averne l’annullamento di norma interna contraria a norma eurounitaria *self-executing* in alternativa alla sua immediata “non applicazione” equivale – piaccia o no – a disobbedire al precetto dell’art. 11.

<sup>16</sup> Si faccia caso alla differenza: a stare alla giurisprudenza, il giudice potrebbe battere sia l’una che l’altra via, ora rivolgendosi alla Consulta ed ora alla Corte dell’Unione; ciò che non gli è dato, invece, è percorrere entrambe le vie per il caso che la norma interna sia stata dapprima “non applicata” ovvero annullata.

Un autentico *rebus*, dunque, a prima vista insolubile.

Non si dica che si tratta, una buona volta, di fare una scelta di campo tra il nostro punto di vista e quello dell'Unione. Certo, è chiaro che i rapporti interordinamentali possono essere, come sono, diversamente visti a seconda dell'angolo di osservazione adottato. Qui, però, è palesemente fuor di luogo, forzato, contrapporre artificialmente l'uno all'altro, per la elementare ragione che – perlomeno secondo modello – ciascuno di essi *fa* anche l'altro, se è vero – com'è vero – che i principi fondamentali di ciascun ordinamento, pur nella loro complessiva connotazione, già al presente si integrano seppur parzialmente a vicenda, esibendo una struttura – come si è fatto notare in altri luoghi<sup>17</sup> – internamente composita ed articolata. La cerniera, nella quale si rispecchia l'integrazione in corso, non compiuta – come si diceva – e tuttavia già avanzata, è infatti data dal *principio di apertura*: principio fondamentale di ciascun ordinamento e comune ad entrambi, secondo quanto testimoniano, da un canto, l'art. 4.2 (e, prima ancora, implicitamente, l'art. 2) TUE e, dall'altro, gli artt. 10 e 11 della Carta.

Dunque, il canone fondamentale dell'applicazione diretta, disponendosi sotto la “copertura” dell'art. 11, è parte integrante della *nostra* identità costituzionale. Lo schema rimane quello, sopra richiamato, della violazione diretta del diritto sovranazionale che ridonda in violazione indiretta della Costituzione<sup>18</sup>, sollecitando perciò alla chiamata in campo *in ogni caso* della Corte costituzionale al fine della risoluzione delle antinomie coinvolgenti le stesse norme sovranazionali *self-executing*. E però, con il fatto stesso dell'apertura al diritto sovranazionale, entra prepotentemente sulla scena, pretendendo di farsi comunque valere, il canone dell'applicazione diretta, la cui violazione – come si è veduto – comporta la commissione di un illecito sovranazionale che è, *allo stesso tempo*, un illecito costituzionale.

3. *L'opportunità della previsione con legge del cumulo dei rimedi, sì da aversi tanto la disapplicazione quanto l'annullamento delle norme di diritto interno contrarie a norme eurounitarie*

V'è un solo modo – a me pare – per sottrarsi all'alternativa soffocante, sopra descritta, tra annullamento e “non applicazione” del diritto interno contrario al diritto sovranazionale; ed è quello, affacciato in altri studi<sup>19</sup>, di far luogo al cumulo dei rimedi. È una soluzione, ancora di recente, prospettata da una sensibile dottrina<sup>20</sup> che la ritiene subito praticabile per mano della giurisprudenza, specificamente laddove si tratti di antinomie coinvolgenti i diritti fondamentali, al fine di parare alcune critiche mosse alla costruzione di fattura giurisprudenziale (a mia opinione, per vero assai

<sup>17</sup> Raguagli sul punto di cruciale rilievo possono, volendo, aversi dai miei *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 ottobre 2017; *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss., e *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 2/2019, 15 luglio 2019, 35 ss., spec. 43 ss.

<sup>18</sup> ... esattamente così come la violazione da parte di un atto eurounitario di un principio fondamentale di diritto interno ridonda in violazione dell'art. 4.2, nel suo fare “sistema” con l'art. 2 del Trattato.

<sup>19</sup> ... tra i quali, i miei *Effetti diretti delle norme eurounitarie e Costituzione*, in [L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Riflessioni sui rapporti tra fonti dell'Unione e fonti interne](#), a cura di M. Distefano, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 65 ss., nonché in [Rivista AIC](#), 2/2015, 15 maggio 2015, § 5, e, *amplius*, [Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/I](#), 155 ss.; adesivamente, A. MORELLI, *La capacità parametrica del diritto dell'Unione europea privo di efficacia diretta nel giudizio di legittimità costituzionale*, in [Federalismi.it](#), Focus Fonti, 1/2017, 17 febbraio 2017, § 5; riserve nei riguardi di questa proposta sono, invece, in S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 10/2019, 22 maggio 2019, § 7; vi hanno fatto di recente richiamo anche N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, in [Federalismi.it](#), 13/2019, 10 giugno 2019, 6, in nt. 9; A.M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controlimiti*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019, 16 luglio 2019, 18 s., e C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2019, 25 ss.

<sup>20</sup> C. AMALFITANO, nello scritto ora cit.

traballante) eretta dalla [269 del 2017](#) e, quindi, ulteriormente portata avanti da alcune note pronunzie di quest'anno (part., la [20](#) e [63](#)). Una soluzione che dovrebbe prendere corpo offrendosi al giudice l'opportunità di fare subito applicazione diretta della norma sovranazionale, risultante dalla Carta di Nizza-Strasburgo o da fonte a questa comunque "connessa", allo stesso tempo sollevando questione di costituzionalità avente ad oggetto la norma interna con la prima incompatibile al fine di pervenire alla sua caducazione con effetti *erga omnes* ovvero avente ad oggetto la norma sovranazionale (*rectius*, la legge di esecuzione del Trattato che vi dà "copertura"), nell'assunto che la stessa urti con i "controlimiti" (ipotesi francamente remota, trattandosi appunto di norma che dà riconoscimento o tutela ai diritti, e tuttavia non del tutto scartabile, specie ove si abbia riguardo al modo con cui la Carta suddetta o la fonte derivata che vi dà attuazione si fa "diritto vivente").

Un dubbio va subito prospettato, prima di andare oltre e verificare la praticabilità dell'ipotesi suddetta; ed è che non si vede quale sia il fondamento del diverso regime che andrebbe riservato alle antinomie a seconda che ne siano, o no, riguardati i diritti fondamentali. Il canone dell'applicazione diretta – come si è rammentato – è infatti stabilito dal Trattato (e, di riflesso, dall'art. 11) per *ogni* norma sovranazionale *self-executing*. Parrebbe, dunque, che il trattamento non possa essere diverso a seconda della materia di volta in volta fatta oggetto di regolazione positiva. Potrebbe essere così, invece, solo se vi fosse una disciplina speciale concernente i diritti, in deroga al regime comune, che però – come sappiamo – non c'è.

Quest'argomento è, a mio modo di vedere, opponibile anche nei riguardi della tesi affacciata da un'accreditata dottrina<sup>21</sup>, già da prima della [269](#), che vorrebbe circoscritto il cumulo dei rimedi ai soli casi in cui l'antinomia sia portata alla cognizione dei giudici di ultima istanza, senza che peraltro sia chiaro perché mai lo scostamento dalla rilevanza si renderebbe possibile unicamente per questi giudici e quale appunto ne sia il fondamento positivo.

È perciò che, a mio modo di vedere, il passaggio da una nuova disciplina legislativa che autorizzi il cumulo dei rimedi si dimostra essere comunque necessario<sup>22</sup>, nella consapevolezza che esso

<sup>21</sup> R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2015, 27 s., e *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in [Rivista AIC](#), 3/2014, 12 settembre 2014, 31. Ha ora fatto richiamo a questa proposta anche D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in [Quad. cost.](#), 3/2019, 636.

Ragiona attorno alla ipotesi di "rinvii pregiudiziali paralleli", ora, M. MASSA, *Dopo la «precisione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2019, 20 ss.; similmente, già, R. CONTI, An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. *Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in [Giudicedonna.it](#), 4/2017, spec. § 6, e, dello stesso, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in [Giustizia Insieme](#), 4 marzo 2019, spec. § 4. Una eventualità, questa, che tuttavia – come si è di recente fatto notare (nel mio [Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di "costituzionalità-eurounitarietà"](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/III](#), 477, nt. 10) – non parrebbe iscriversi entro la cornice teorica delineata nella [269](#) e quindi ulteriormente precisata nelle pronunzie di quest'anno, favorevoli alla precedenza – perlomeno, di norma – della pregiudizialità costituzionale sulla "comunitaria" e, dunque, all'attesa da parte del giudice del verdetto della Consulta che peraltro, se di accoglimento, potrebbe rendere improponibile il rinvio alla Corte dell'Unione. Qualora, invece, si accedesse al punto di vista della dottrina sopra richiamata, favorevole al contestuale esercizio delle due pregiudizialità, e la Consulta si pronunziasse tempestivamente nel senso dell'accoglimento, la pronunzia della Corte di giustizia risulterebbe *inutiliter data*.

<sup>22</sup> Ho, da ultimo, ribadito questo punto di vista in [Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di "costituzionalità-eurounitarietà"](#), cit., 474 ss. Di contro, per le ragioni sopra indicate, il legislatore non potrebbe far luogo allo spostamento del sindacato in capo alla sola Corte costituzionale, in alternativa al meccanismo dell'applicazione diretta. La qual cosa, peraltro, la stessa giurisprudenza non vuole e – come si è venuti dicendo – non sarebbe comunque consentita dall'art. 11 (forse, come pure si è fatto notare, neppure con legge di forma costituzionale), salvo ad accedere all'ordine di idee che la disciplina in parola s'inscrive in quel processo costituente europeo, di cui si è fatta poc'anzi parola, e dello stesso processo faccia quindi parte la benevola "copertura" ad essa offerta dalla giurisprudenza. Il che, poi, vale come dire che la presa di posizione adottata dalla [269](#) può sin d'ora spiegarsi in questa luce, ponendosi quale emblematica espressione del processo suddetto. Non si tratta, d'altronde, di una novità: l'intera giurisprudenza costituzionale in tema di diritto (comunitario prima ed ora) eurounitario ha questo suo marchio identificante, a partire dalle sue prime manifestazioni in cui ha fatto salve le leggi di esecuzione dei trattati istitutivi delle Comunità europee, malgrado la veste formale di cui si rivestivano, inadeguata a dare corpo alle limitazioni di sovranità dalle stesse introdotte (su ciò, ancora meglio a momenti).



nondimeno non scioglie in tutto il nodo creato dalla giurisprudenza, specificamente dopo che, con la [20 del 2019](#), ha fatto luogo ad un criterio non necessariamente di natura formale per ciò che attiene al riconoscimento delle norma-parametro dell'Unione la cui lesione abilita il giudice a mettere in atto la tecnica dell'applicazione diretta e, contestualmente, a chiamare in campo la Corte costituzionale.

L'indirizzo inaugurato dalla [20](#) complica, infatti, terribilmente le cose, con il riferimento in essa fatto ad un criterio di selezione delle antinomie aventi natura assiologico-sostanziale e giustificandosi pertanto il ricorso alla Consulta non soltanto nei casi in cui si faccia questione della violazione della Carta di Nizza-Strasburgo ma anche in quelli in cui il *vulnus* riguardi in modo diretto una norma di diritto derivato alla Carta stessa funzionalmente legata.

C'è peraltro da chiedersi cosa osti, una volta fatta l'opzione per il cumulo dei rimedi, a far ricorso a quest'ultimo anche in casi diversi da quelli in cui siano in gioco i diritti fondamentali, se non il timore che possa aversene un insopportabile sovraccarico di lavoro per la Consulta<sup>23</sup>. Si potrebbe, pertanto, far luogo ad un regime flessibile, che rimetta al singolo operatore di giustizia la scelta circa l'opportunità d'investire la Corte costituzionale della cognizione delle antinomie in parola, ferma restando la doverosità del ricorso laddove le stesse coinvolgano i diritti fondamentali. In tal modo, potrebbe appagarsi l'aspettativa della Corte stessa ad essere comunque chiamata in campo, senza che ne risulti allo stesso tempo privato il giudice comune del potere di apprezzamento discrezionale delle circostanze e, con esso, offrendosi alla normativa sovranazionale l'opportunità di essere comunque portata ad immediata applicazione.

*4. La conferma della naturale precedenza della pregiudizialità “comunitaria” sulla pregiudizialità costituzionale e gli effetti negativi che potrebbero aversi dandosi invece la precedenza alla seconda, specie per l'aspetto dei conflitti tra le Corti che potrebbero conseguire allo svolgimento del sindacato accentrato*

Due cose, nondimeno, mi preme qui ulteriormente mettere in chiaro, per quanto possano già considerarsi implicite nelle notazioni sopra svolte.

L'una è data dalla naturale precedenza della pregiudizialità “comunitaria” su quella costituzionale; l'altra dalla necessaria disciplina positiva dei lineamenti essenziali del regime di risoluzione delle antinomie.

Per il primo aspetto, la conferma dell'ordine cronologico sopra indicato viene dal fatto che le antinomie in parola riguardano pur sempre norme di diritto sovranazionale, del cui significato peraltro non poche volte il giudice non ha certezza, sì da imporsi appunto l'interpello della Corte dell'Unione<sup>24</sup>.

Forse, non si è riflettuto a sufficienza, specie da parte di quanti (e – come si sa – sono tanti) hanno salutato con favore e vero e proprio entusiasmo il nuovo corso avviato dalla [269](#), che la precedenza necessaria della pregiudizialità costituzionale sulla “comunitaria”, che a dire di molti commentatori della pronuncia in parola sarebbe stata dalla stessa imposta<sup>25</sup>, ha fatto (e fa) correre rischi non lievi di

---

<sup>23</sup> ... reso viepiù evidente dalla espansione crescente dell'area materiale su cui hanno modo di dispiegarsi le competenze dell'Unione.

<sup>24</sup> Ho più volte invitato a fermare l'attenzione sul punto, di cruciale rilievo, sul quale tuttavia perlopiù anche la più accorta dottrina stranamente sorvola.

<sup>25</sup> Hanno di recente fatto il punto sulla questione, tra i molti altri, R.G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, cit.; F. SALMONI, *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen e ruolo accentrato della Consulta L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla “conformità” alla Costituzione e la mera “compatibilità” con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in [Federalismi.it](#), 8/2019, 17 aprile 2019; nella stessa Rivista, G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, 10/2019, 22 maggio 2019; S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, cit., e, dello stesso, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio AIC](#), 4/2019, 2 luglio 2019, 157 ss.; O. POLLICINO - G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019*. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Carte e tra

conflitti sia con la Corte dell'Unione che con i giudici comuni<sup>26</sup> e – ciò che, forse, ha ancora maggior rilievo – di costi notevoli, alle volte invero insopportabili, a carico dei diritti, specificamente per il caso che nelle more del sindacato di costituzionalità abbiano a consolidarsi effetti per essi pregiudizievoli e materialmente non sradicabili<sup>27</sup>.

Non si trascurino, poi, i negativi riflessi che possono aversene per il processo d'integrazione europea, comunque inciso dalla mancata attivazione del meccanismo dell'applicazione diretta che – come si è detto rammentato – di quel processo è il motore stesso e la sua più saliente, indefettibile, espressione, ciò che insomma gli dà la spinta necessaria affinché possa portarsi avanti nel suo pur non lineare, comunque sofferto, cammino.

Che possano aversi conflitti tra le Corti è di tutta evidenza; basti solo pensare alla eventualità che la denuncia da parte del giudice *a quo* della incisione patita da una norma sovranazionale (tanto più, appunto, laddove volta a dare ristoro ai diritti) sia rigettata dal giudice costituzionale e poi invece rilevata dalla Corte dell'Unione, successivamente adita dallo stesso giudice. In tal caso, come si vede, per un verso, si ritarda – non sappiamo, ovviamente, per quanto tempo – l'applicazione diretta della norma sovranazionale (cosa già di per sé, evidentemente, pregiudizievole), mentre, per un altro verso, non si centra l'obiettivo della caducazione della norma interna con effetti *erga omnes*, a meno di ritenere che, a seguito dell'applicazione suddetta, lo stesso giudice possa tornare ad interpellare la Corte costituzionale. Ciò che, però, parrebbe problematicamente prospettabile, salvo ad accedere all'ordine d'idee che la “situazione normativa”, quale oggetto del sindacato di costituzionalità<sup>28</sup>, sia nel frattempo mutata in conseguenza della sopravvenuta pronuncia del giudice eurounitario.

È chiaro, comunque, che, una volta disciplinato con legge il meccanismo di cui ora si discorre, nulla osta a che anche lo scenario ora descritto possa essere fatto oggetto di previsione. È, inoltre, da mettere in conto la eventualità che, chiamata nuovamente in campo, la Corte costituzionale, laddove non gradisca la risposta data dal giudice dell'Unione, torni ad interpellare quest'ultimo in via pregiudiziale. La vicenda *Taricco* è altamente istruttiva al riguardo, dando conferma di sempre possibili ripensamenti e persino di bruschi *revirements* giurisprudenziali.

Il conflitto, naturalmente, può aversi anche a tenere fermo l'ordine cronologico di esercizio delle due pregiudizialità qui caldeggiato, specificamente laddove il giudice disapplichi la normativa

---

*Corti*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 434 ss.; G. REPETTO, *Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell'UE*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 255 ss.; M. GALIMBERTI, *La quiete dopo la tempesta? I diritti fondamentali alla prova della doppia pregiudizialità nella recente giurisprudenza costituzionale*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 2/2019, 1 luglio 2019; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, cit.; A.M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controlimiti*, cit.; L. CAVALLARO, *Le carte e le corti. Note minime su alcune recenti pronunce della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in materia di efficacia della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2019, spec. § 3; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit.; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit.; G. TESAURO - P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in [AISDUE](http://AISDUE), 1/2019, 6 maggio 2019, 27 ss., e, pure ivi, C. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, 3 settembre 2019, 55 ss., spec. 70 ss.; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, cit., 615 ss.; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *paper*.

<sup>26</sup> D'altronde, se ne sono avute – come si sa – plurime e ricorrenti testimonianze: tra le altre, v., quanto alla giurisprudenza eurounitaria, Corte giust., Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global StarNet*; Grande Sez., 24 ottobre 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*, e 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*, e, per quella nazionale, part., Cass. sez. lav., 10 gennaio 2019, *Canestri c. ICCREA Banca*, ric. 2553-2014, pp. 47-48; della stessa Cass., sez. lav., v., già, nn. 12108 e 13678 del 2018.

<sup>27</sup> Anche per l'aspetto ora esaminato, sarebbe dunque sommamente opportuno che la disciplina legislativa qui auspicata prevedesse una corsia preferenziale per le questioni di “costituzionalità-eurounitarietà”, chiamando la Consulta alla loro quanto più possibile sollecita trattazione; in attesa, è auspicabile che vi faccia luogo *motu proprio* la Consulta stessa ma non *de facto* bensì per via di autonormazione, per le ragioni ora rappresentate nel mio [Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di “costituzionalità-eurounitarietà”](#), cit., 479 s.

<sup>28</sup> Quest'inquadramento teorico può, ancora di recente, vedersi argomentato in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>6</sup>, Giappichelli, Torino 2019, 101 ss.

nazionale che poi esca indenne dal successivo sindacato di “costituzionalità-eurounitarietà”. È chiaro che in caso di divergenti interpretazioni del diritto sovranazionale da parte, rispettivamente, della Corte di giustizia e della Corte costituzionale a prevalere dovrà essere il punto di vista della prima, quale garante istituzionale della legalità eurounitaria. L’unica via percorribile dalla Consulta per far valere il proprio punto di vista è quella di esporre i “controlimiti”, tentando di persuadere il giudice dell’Unione a cambiare registro (come, appunto, si è avuto in *Taricco*). In siffatta circostanza, dunque, il rinvio pregiudiziale da parte della Consulta stessa è, giuridicamente, obbligato<sup>29</sup>.

È poi evidente che, laddove si assista ad un mutato orientamento della Corte dell’Unione, potrà aversene la delegittimazione *ex post* dell’operato del giudice comune, per involontaria appunto che sia; nel qual ultimo caso, laddove possibile, si farà luogo agli usuali rimedi assicurati dal regime delle impugnazioni, salvo che nel frattempo la pronuncia del giudice abbia prodotto la cosa giudicata. Una piena armonia, dunque, in talune circostanze non potrà comunque aversi<sup>30</sup>; questo è, però, il costo inevitabile che deve pur sempre essere pagato in alcuni casi, nondimeno infrequenti, di sicuro di minore entità rispetto a quello che invece potrebbe aversi a lasciare sguarnite di disciplina normativa le relazioni tra le Corti, com’è oggi, più ancora – come si è venuti dicendo – a dare la precedenza alla pregiudizialità costituzionale, specie laddove la Consulta prima di pronunziarsi non si determini ad avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale<sup>31</sup>.

Al tirar delle somme, credo che lo stesso giudice delle leggi abbia la convenienza a ricevere dal giudice comune tutte le indicazioni che possano tornargli utile per l’ottimale soluzione del caso, tra le quali centralità di posto è appunto da assegnare al modo con cui il diritto sovranazionale “vive” per il tramite della giurisprudenza eurounitaria.

Ora, tutti questi passaggi, le possibili combinazioni della “triangolazione” tra gli operatori di giustizia protagonisti della scena richiedono comunque – come si è venuti dicendo – una essenziale descrizione positiva, che dia agli operatori stessi un orientamento, senza nondimeno ingabbiarne le movenze entro schemi eccessivamente rigidi e precostituiti; ciò che sarebbe sconsigliabile in ragione della varietà dei casi, bisognosi di essere peculiarmente trattati.

##### *5. Il vizio di partenza da cui si alimentano le aporie di costruzione di cui si ha riscontro al piano della soluzione delle antinomie: il difetto di una Europaklausel introdotta con fonte costituzionale e corredata dei suoi opportuni svolgimenti con legge comune*

Il vero è che, alla base delle aporie di costruzione di cui si ha riscontro nel modo di atteggiarsi delle relazioni intergiurisprudenziali e nelle motivazioni addotte a sostegno delle prese di posizione assunte da coloro che vi fanno luogo (a partire, come si è veduto, dalla Consulta, ai cui indirizzi va, ovviamente, assegnato cruciale rilievo), sta – come si accennava poc’anzi – un vizio di partenza che ha segnato l’intero andamento delle relazioni stesse, condizionandone lo svolgimento fino all’attuale

---

<sup>29</sup> Ragiona dei casi in cui il rinvio da parte della Consulta è ora opportuno ed ora, appunto, necessario C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., spec. al § 7. Dico nel testo “giuridicamente”, ma non praticamente, perché non vedo come si possa obbligare la Corte delle leggi a far luogo al rinvio ove non voglia.

<sup>30</sup> ... secondo quanto da ultimo si riconosce nel mio [Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di “costituzionalità-eurounitarietà”](#), cit.

<sup>31</sup> Vi ha fatto – come si sa – di recente ricorso con la [ord. n. 117 del 2019](#), ma, com’è chiaro, non è evenienza di cui possa aversi riscontro con la stessa frequenza e diffusione che si hanno laddove ad avvalersi dello strumento stesso siano i giudici comuni, sparsi per l’intero territorio della Repubblica. Anche per quest’aspetto, come si vede, il processo d’integrazione sovranazionale e, più ancora, i diritti ne risentono, sol che si pensi ai casi di mancata implementazione della Carta dell’Unione nelle pratiche quotidiane di giurisdizione conseguenti al brusco calo dei rinvii, con il prevedibile aumento dei casi di violazione del diritto eurounitario (rischi, questi, di cui è avvertita la stessa dottrina favorevole alla precedenza della pregiudizialità costituzionale: G. SCACCIA, *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell’Unione Europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Processo*, 3/2018, 270 s., e C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 16 ss.).

grado di maturazione raggiunto; ed è il difetto di una *Europaklausel* introdotta nell'originario dettato della Carta al momento dell'avvio dell'esperienza comunitaria<sup>32</sup> ed anche in seguito – come si sa – mai venuta alla luce<sup>33</sup>, diversamente da ciò che invece – come pure è noto – si è avuto in altri ordinamenti. La clausola in parola, in realtà, è stata “inventata” di sana pianta dalla giurisprudenza attraverso l'artificiosa conversione di una *norma di valore*, qual è quella stabilita nell'art. 11, in una *norma sulla produzione giuridica*, dandosi in tal modo l'opportunità ad una fonte di primo grado, che tale è (e resta) pur riconoscendosene una peculiare, irripetibile funzione, la legge di esecuzione dei trattati, di immettere a forza ed incessantemente in ambito interno norme sovraordinate alla legge stessa (forse, come si è accennato, persino alle “comuni” leggi costituzionali)<sup>34</sup>. È poi di tutta evidenza che, pur laddove si fosse adottata la clausola in parola con fonte di rango costituzionale, ugualmente ad essa avrebbe dovuto far seguito una ulteriore disciplina idonea a darvi la opportuna specificazione-attuazione. Tutti gli inconvenienti, sopra rilevati, in gran parte – come si è veduto – conseguono proprio alla mancanza di quest'ultima, alla circostanza cioè che le Corti si sono trovate prive di un pur essenziale orientamento ad esse dato dal legislatore ed hanno pertanto dovuto far tutto da sole, procedendo a tentoni e con molta approssimazione, aggiustando di continuo i mattoni della costruzione man mano, faticosamente, eretta, fatta così oggetto di una manutenzione senza fine.

6. *Un rapido confronto tra il rilievo assegnato alla Carta di Nizza-Strasburgo e quello riconosciuto alla CEDU e le aporie teoriche al riguardo rilevabili nell'orientamento giurisprudenziale fin qui affermatosi*

È poi chiaro che, nel complesso delle relazioni interordinamentali, si danno parti non specificamente riguardanti l'Unione europea; eppure, ugualmente il discorso fin qui fatto non resta ad esse del tutto estraneo.

Si pensi, ad es., al rilievo che è da assegnare alla CEDU in ambito interno. I collegamenti con la Carta di Nizza-Strasburgo sono di palmare evidenza e non richiedono qui di essere nuovamente esplicitati; basti solo pensare alla circostanza per cui la Carta stessa richiede di essere interpretata –

---

<sup>32</sup> Si è fatto notare come già nel corso dei lavori alla Costituente non siano mancati i riferimenti all'Europa, anche nella sua veste istituzionale, vagheggiata – com'è noto – in tempi ancora risalenti da nobili menti e quindi ripresa appunto in sede di fondazione dell'ordinamento repubblicano; il ricorso al canone interpretativo che fa richiamo all'*original intent*, pur nei limiti entro i quali è in grado di acquistare rilievo, alimenta dunque, per la sua parte, la tesi favorevole al riconoscimento nell'art. 11 del fondamento del fenomeno comunitario prima ed eurounitario poi [A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, 3 ss.; invitano a fermare l'attenzione sul punto, ora, anche O. POLLICINO - V. SCARABBA, *A proposito della CEDU e del suo fondamento costituzionale (brevi considerazioni a margine del volume di A. Randazzo, La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione, Giuffrè, 2017)*, in *Diritti Comparati*, 24 giugno 2019]. È un fatto però che il disposto in parola nulla dice circa il modo o i modi con cui possono concretarsi le limitazioni di sovranità, di cui si fa ivi parola, a beneficio delle organizzazioni che perseguono l'obiettivo della salvaguardia della pace e della giustizia tra le nazioni. E, poiché la sovranità della Repubblica nel suo insieme è uno dei principi fondamentali dell'ordinamento (non a caso, anzi, posto in testa al libro costituzionale), se ne ha – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – che solo facendo utilizzo del massimo strumento di normazione disponibile, la legge di forma costituzionale, avrebbe potuto introdursi, sotto lo spinta e con la “copertura” dell'art. 11, una statuizione in deroga all'art. 1 della Carta, sì da dar modo anche a soggetti diversi dal popolo di disporre di poteri sovrani avvalendosi per il raggiungimento dei fini-valori indicati nella Carta stessa.

<sup>33</sup> Palesemente inadeguati allo scopo i riferimenti all'esperienza “comunitaria” contenuti nel Titolo V dopo la novella del 2001, a partire, ovviamente, da quello di cui all'art. 117, comma 1, dietro richiamato. E, inverosimilmente, per un verso, avrebbe dovuto farsi luogo alle necessarie innovazioni ai principi fondamentali (e, segnatamente, all'art. 11), nei quali – come si è dietro fatto presente – si rinviene la descrizione dell'assetto delle relazioni interordinamentali; per un altro verso, poi, le innovazioni stesse avrebbero richiesto (e un domani richiederebbero) di essere congruamente svolte con legge (ed altri atti di normazione), facendosi pertanto luogo alla definizione dei lineamenti portanti del meccanismo di risoluzione delle antinomie interordinamentali e rimettendosi, allo stesso tempo, ai giudici la “delega” per quelle operazioni di bilanciamento in concreto, all'insegna del “metaprincipio” della massimizzazione della tutela, che sono sollecitate dai casi.

<sup>34</sup> ... in palese disprezzo dell'aureo insegnamento di matrice crisafulliana secondo cui nessuna fonte può istituire fonti concorrenziali a se stessa, trasmettendo ad esse la propria forza (o, addirittura, come qui, una ancora maggiore).

perlomeno di norma<sup>35</sup> – alla luce della Convenzione o ancora si pensi agli scenari, per alcuni aspetti di non secondario rilievo ad oggi non nitidamente delineati, che potrebbero profilarsi laddove si facesse finalmente luogo alla prevista adesione dell’Unione alla CEDU.

Ebbene, qui pure si danno non poche né lievi aporie teoriche di costruzione, delle quali si è trattato in altre sedi di riflessione scientifica, la più vistosa delle quali è data – a me pare – dal riconosciuto carattere “subcostituzionale” che sarebbe proprio della Convenzione stessa, diversamente da quello “paracostituzionale” o costituzionale *tout court* di cui è invece provvista la Carta dell’Unione.

Sono evidenti le conseguenze che da siffatto inquadramento discendono al piano della teoria delle fonti e, di riflesso, a quello delle esperienze della giustizia costituzionale: in punto di astratto diritto, le norme convenzionali potrebbero andate soggette a sindacato di validità (e, se del caso, ad annullamento, come di consueto per il tramite della legge di esecuzione) per violazione di qualunque norma di rango costituzionale, diversamente dalle norme della Carta dell’Unione, obbligate a mostrarsi rispettose dei soli principi fondamentali.

In disparte però l’obiezione per cui appare essere francamente remota l’ipotesi che una norma convenzionale possa confrontarsi con norme della Carta costituzionale inespressive di principi fondamentali<sup>36</sup>, sta di fatto che nel momento stesso in cui si trapassa dal piano della *teoria delle fonti* a quello della *teoria della interpretazione* la sistemazione gerarchica suddetta cessa subito di avere pratico rilievo ed è costretta a cedere il campo ad una diversa sistemazione, che ha riguardo (non alle *fonti* bensì) alle *norme*, tutte chiamate a darsi mutuo sostegno ed alimento nel circolo interpretativo in seno al quale prendono forma e significato.

L’obbligo di leggere la Carta dell’Unione alla luce della CEDU parrebbe, anzi, ribaltare su se stesso l’ordine gerarchico che, per la giurisprudenza costituzionale fin qui invalsa, connoterebbe ciascuna delle Carte suddette in rapporto con le fonti di diritto interno. Solo che sono le stesse Carte a non irrigidire entro schemi astrattamente preformati il loro rilievo in ambito nazionale, piuttosto ritagliando per sé una funzione “sussidiaria” e, perciò, pretendendo di valere alla sola condizione che si dimostrino in grado d’innalzare il livello di tutela dei diritti da esse riconosciuti rispetto a quello raggiunto dalle norme nazionali<sup>37</sup> (anche costituzionali, si faccia caso<sup>38</sup>).

<sup>35</sup> Singolare – come si è fatto altrove notare – questo andirivieni del giudice che dovrebbe far luogo, allo stesso tempo, ad una interpretazione degli enunciati della Carta dell’Unione convenzionalmente orientata e ad una invece chiusa entro il recinto della Carta stessa, ponendo quindi a raffronto gli esiti ricostruttivi raggiunti ed optando per quello maggiormente vantaggioso per i diritti in gioco.

<sup>36</sup> L’argomento, per irrilevante che sia, vale a parti rovesciate anche per la Carta di Nizza-Strasburgo che, a motivo della materia trattata e del modo della sua regolazione (a mezzo di norme essenziali), appare essa pure naturalmente confrontabile esclusivamente con i principi di base dell’ordinamento o, tutt’al più, con norme comunque da questi ultimi “coperte”, siccome idonee a darvi la *prima, diretta e necessaria* specificazione-attuazione.

<sup>37</sup> Non riprendo qui, dopo averne detto a più riprese altrove, l’annosa questione se possa davvero immaginarsi una graduazione della tutela in parola, da un’accreditata dottrina (part., R. BIN, in più scritti, tra i quali *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*, e, dello stesso, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché nell’intervista sul tema *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna*, a cura di R.G. Conti, in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019) messa in contestazione. È un fatto, nondimeno, al di là di ogni ragionamento di ordine teorico, che, per un verso, le stesse Carte dei diritti (e, segnatamente, la CEDU e la Carta dell’Unione, entrambe all’art. 53) e, per un altro verso, il diritto vivente giurisprudenziale ammettono questa eventualità, per arduo che sia poi individuare il modo con cui far luogo a siffatto accertamento e come porre rimedio a divergenze di orientamento degli operatori in ordine agli esiti ricostruttivi raggiunti [su tutto ciò, maggiori ragguagli possono, volendo, aversi dall’intervista da me resa a R.G. Conti, in *Giustizia Insieme* 10 aprile 2019, nonché dai miei *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019, 1 giugno 2019, spec. al § 4, e *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, cit., spec. 45 ss. Cfr., inoltre, ancora in *Giustizia Insieme*, 8-9-10 maggio 2019, i punti di vista rappresentati da L. TRUCCO, G. MARTINICO e V. SCIARABBA, nell’intervista su *La Carta UE in condominio fra Corte costituzionale e giudici comuni. Conflitto armato, coabitazione forzosa o armonico menage?* Infine, v. le precisazioni che sono in A. MORELLI, *Il principio personalista nell’era dei populismi*, in questa *Rivista*, *Studi*, 2019/II, spec. 364 ss.].

<sup>38</sup> La stessa giurisprudenza ha ammesso (v., part., *Corte cost. n. 25 del 2019*) che dalla CEDU possa venire una tutela più ampia di quella offerta dalla Costituzione, allo stesso tempo tuttavia ugualmente ammettendo il “predominio assiologico” di questa su quella. Come le due affermazioni possano stare assieme rimane per me misterioso.

Solo di volta in volta, avuto riguardo alle peculiari esigenze dei casi, potrà dunque stabilirsi qual è l'assetto che dà maggior ristoro ai diritti in campo, senza alcuna preconcepita definizione o limitazione astrattamente fissata. Sono, insomma, le Carte stesse a smentire *per tabulas* gli esiti teorico-ricostruttivi raggiunti dalla giurisprudenza, avvalorando piuttosto l'idea che nessuna sistemazione di stampo gerarchico può ad esse darsi. E, d'altronde, è naturale che sia così: sono tutte, paritariamente appunto, *Carte dei diritti*: anche quelle aventi origine esterna condividono con la Costituzione proprio l'essenza, il dar riconoscimento ai bisogni elementari dell'uomo, ai suoi diritti fondamentali appunto. Questo che un tempo era considerato l'attributo maggiormente qualificante ed espressivo della Costituzione, tipico ed esclusivo di questa, oggi si presenta invece come "plurale", appuntandosi in capo a documenti normativi la cui produzione non è frutto del potere costituente nazionale.

La stessa giurisprudenza costituzionale, in una sua ormai risalente ed ispirata pronuncia (che non tralascio di richiamare ogni qual volta me ne viene data l'opportunità), la [n. 388 del 1999](#), ha messo in chiaro che la Costituzione e le altre Carte dei diritti "*si integrano reciprocamente nella interpretazione*"<sup>39</sup>; e come potrebbero farlo ove non si trattasse di materiali normativi omogenei?

Ancora la giurisprudenza, nella [269](#), non trascura di rilevare la natura "tipicamente costituzionale" della Carta di Nizza-Strasburgo; e, di conseguenza, a me pare che pari natura debba riconoscersi alla Corte di giustizia che ne è istituzionalmente garante. Certo, non possono negarsi i connotati comunque peculiari della Corte stessa, non foss'altro che a motivo della estrazione parimenti "plurale" dei suoi componenti, per l'aspetto culturale prima ancora che per altri profili pure dotati di giuridico rilievo.

Le conclusioni ora raggiunte, pur nella estrema sintesi dell'argomentazione che le sorregge, possono, a mia opinione, valere altresì per la CEDU e la Corte di Strasburgo, ancora una volta senza che ne restino soffocati i tratti complessivamente peculiari e distintivi non soltanto nei riguardi dei tribunali costituzionali di diritto interno ma anche dell'altra Corte europea<sup>40</sup>.

D'altro canto, la circostanza, sopra segnalata, per cui le Carte sono dalla loro stessa natura sollecitate a volgersi l'una verso le altre e tutte assieme a fare "sistema" (ed anzi a divenire una sola cosa nei fatti interpretativi) spinge vigorosamente per il riconoscimento della loro comune appartenenza al *genus* dei documenti *materialmente* costituzionali.

<sup>39</sup> Ciò che, poi, per la sua parte rende possibile il passaggio di suggestioni culturali di vario segno ed intensità dall'uno all'altro documento, agevolando pertanto la "migrazione" di idee costituzionali – come l'ha ora definita una sensibile dottrina (O. POLLICINO, [Corti costituzionali e migrazione di "idee costituzionali" da occidente a oriente. La bussola e una metafora](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/III](#), 17 settembre 2019, 439 ss.) – da un ordinamento o sistema normativo all'altro, persino laddove essi si situino in contesti istituzionali assai distanti tra di loro.

<sup>40</sup> La tendenza delle Corti europee alla loro progressiva "costituzionalizzazione" è rilevata da non poca dottrina, pur nel dissenso di altri, agguerriti studiosi [riferimenti, tra gli altri, in O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; O. POLLICINO - V. SCARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti - V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.; AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; G. REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa e M.G. Civinini, in [Questione Giustizia](#), spec., aprile 2019. Contrari all'accostamento della Corte dell'Unione alla Corte costituzionale, tra gli altri, M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in [Osservatorio AIC](#), 1/2017, 21 aprile 2017, spec. l'ult. par., e, ora, G. MARRA - M. VIOLA, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali. Riflessioni in merito all'ordinanza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 117*, in *Dir. pen. cont.*, 8-9/2019, spec. 154 ss., nonché in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 12 luglio 2019. Fa, da ultimo, il punto sulla questione A. BERNARDI, in uno studio corposo, dal titolo *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, che ho avuto la fortuna di poter consultare in *paper*].

Così stando le cose, a me pare che lineare, obbligata, ne discenda la conclusione che le Carte suddette avrebbero dovuto essere recepite con fonte di forma (e rango) costituzionale, così come di tale forma sarebbe chiamata a rivestirsi ogni altra Carta che dovesse venire alla luce in seno alla Comunità internazionale ed ogni legge che *motu proprio* dovesse far luogo al riconoscimento di nuovi diritti fondamentali<sup>41</sup>. Ed è chiaro che, se ciò si fosse avuto, la giurisprudenza non si sarebbe inventata l'inappropriata categoria della fonte "subcostituzionale" con riguardo alla CEDU; ciò che poi – è bene chiarire a scampo di ogni possibile equivoco – non avrebbe *per ciò stesso* portato all'effetto di dar modo alle norme convenzionali di essere immediatamente applicate, così come invece si riteneva (fino alla [269](#)) valevole per la Carta dell'Unione e così come, a mio modo di vedere, anche dopo la pronuncia in parola può (e deve) aversi. E ciò, per la elementare, a tutti nota ragione che l'attributo della immediata applicabilità si deve non già all'art. 11 *ut sic* bensì ad un esplicito riconoscimento del Trattato, di cui non si ha invece traccia nella Convenzione.

Ad ogni buon conto, anche la Convenzione, pur dopo la [269](#), può ugualmente *nei fatti* essere portata ad immediata applicazione, almeno in alcuni casi, quale quello in cui faccia difetto una norma di legge specificamente valevole per il caso<sup>42</sup> o l'altro, opposto, che una sua norma trovi perfetta corrispondenza in una norma di legge nella quale fedelmente si rispecchi o l'altro ancora che sia sostanzialmente coincidente con norma internazionale generalmente riconosciuta ed essa pure *self-executing* e, naturalmente, nel caso che coincida con una norma della Carta di Nizza-Strasburgo portata ad immediata applicazione laddove il giudice si sia avvalso della facoltà, riconosciutagli dalla stessa Consulta nelle decisioni di quest'anno, di dare la precedenza alla pregiudizialità "comunitaria" ed abbia ricevuto una sollecitazione in tal senso dalla Corte lussemburghese.

*7. La necessità di un complessivo equilibrio di ordine istituzionale (tra legislatore e giudici come pure tra questi ultimi inter se) quale condizione indefettibile di un lineare avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale e di un ottimale appagamento dei diritti, e l'ulteriore aporia costituita dalla sollecitazione rivolta dalla Consulta ai giudici comuni a disattendere il precetto dell'art. 11, sollevando questioni di "costituzionalità-eurounitariet " inammissibili, in quanto riferite a norme-parametro dagli stessi giudici qualificate come self-executing*

Si è ora in grado di trarre alcune prime conclusioni dall'analisi svolta. Un punto, in particolare, sembra di dover tenere fermo, pur in un quadro connotato da fluidità ed opacità degli elementi che in esso s'inscrivono e svolgono; ed è che servente la causa dell'integrazione sovranazionale in corso e condizione, allo stesso tempo, di appagamento dei diritti è un complessivo equilibrio tra le istituzioni

<sup>41</sup> Mi sono già da tempo dichiarato (specie in *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, al [sito telematico dell'AIC](#), e in *Studi in onore di P. Grossi*, II, Giuffrè, Milano 2012, 1103 ss.) dell'avviso che occorra far luogo ad un aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti, congruo rispetto al contesto in atto (specie per l'aspetto dello sviluppo scientifico e tecnologico che ha, in significativa misura, concorso, e senza sosta concorre, alla emersione di nuovi diritti); ed il ricorso alla forma costituzionale risponde a pieno al bisogno di un complessivo riequilibrio di ordine istituzionale, conseguente a siffatta positivizzazione, al piano dei rapporti tra legge costituzionale e legge comune così come a quello dei rapporti tra legge e giurisdizione in genere, in ciascuna delle sue forme espressive.

<sup>42</sup> Non si vede, infatti, perché mai sarebbe possibile (e, anzi, doveroso) far luogo, in una congiuntura siffatta, all'applicazione diretta della Costituzione e non lo sarebbe invece per la Convenzione o, se del caso, per la Carta dell'Unione o qualsivoglia altra Carta, tanto più poi che, in realtà, la legge... *c'è* (ed è quella di esecuzione) e soprattutto che tutti tali documenti – come si è rammentato – "si integrano reciprocamente nella interpretazione".

Anche con riguardo all'applicazione diretta della Costituzione è poi da registrare un'aporia teorica di costruzione. Per norma, infatti, in presenza di norme di legge che vi danno specificazione-attuazione, si fa luogo all'applicazione di queste ultime, mentre si applica la Costituzione unicamente laddove non si abbiano le prime: come dire che le medesime norme della legge fondamentale della Repubblica ora dispongono dell'attitudine alla immediata applicazione ed ora invece ne sono prive, svolgendo nella prima evenienza un ruolo "sussidiario" rispetto alle leggi comuni.

Si è, poi, precisato altrove che, a rigore, dovrebbe discorrersi non già di "applicazione" bensì di "attuazione" della Costituzione, essendo il giudice chiamato ad estrarre dai principi costituzionali la regola da far valere per il caso, come ad es. ha fatto in [Englaro](#) ed in altri casi ancora.

tanto in seno ad un ordinamento dato (per ciò che è qui di specifico interesse, il nostro) quanto al piano delle relazioni interordinamentali.

Sarebbe ingenuo pensare che alle aporie di costruzione qui rilevate possa porsi rimedio esclusivamente per mano della giurisprudenza, pur laddove dovesse dimostrarsi disponibile a rivedere, almeno in parte, le proprie posizioni, apportandovi le necessarie correzioni. La giurisprudenza procede infatti – come si sa – per continue approssimazioni, restando costantemente ancorata alle peculiari esigenze dei casi e muta, perciò, di continuo col mutare di questi, con le mobili combinazioni che in essi prendono forma tra i beni della vita in campo. Solo il legislatore possiede lo sguardo lungo che è in grado di portarsi oltre le singole vicende processuali, riguardando alle stesse nella loro astratta conformazione, vale a dire nell’attitudine a tornare a ripetersi nel tempo.

Le discipline legislative vengono sempre sollecitate a formarsi dai problemi della vita, per la elementare ragione che la scienza giuridica che appresta le chiavi di lettura dei casi e le relative soluzioni – come insegnava un indimenticabile Maestro<sup>43</sup> – o è “scienza pratica” oppure semplicemente non è; e, tuttavia, tratto naturale, seppur non necessariamente ricorrente<sup>44</sup>, delle discipline medesime è quello di porsi per l’avvenire, ricoprendosi dunque del velo dell’ignoranza circa i futuri accadimenti. Solo così è possibile apprestare basi sufficientemente solide sulle quali far radicare la giurisprudenza, specie nei suoi più marcati e ricorrenti orientamenti, espressivi di un autentico “diritto vivente” (nella sua ristretta e propria accezione).

Dopo le cose dette, è poi appena il caso qui di specificare che, per effetto di una misurata disciplina positiva, potrà essere assicurato altresì quell’equilibrio tra i giudici europei e quelli nazionali, nonché di questi ultimi *inter se* che è fin qui complessivamente mancato. Non a caso, d’altronde, la [269](#) – come si è sopra rammentato – ha sollevato una decisa reazione da parte tanto della Corte dell’Unione quanto dei giudici comuni; ciò che ha indotto la Consulta a temperare talune asprezze presenti nella [269](#), a mezzo delle pronunzie di quest’anno sopra richiamate, la cui venuta alla luce è stata salutata con favore da molti commentatori ed operatori.

Sia chiaro. Il punto di approdo delle pronunzie stesse appare esso pure gracilmente fissato per l’aspetto teorico e, comunque, suscettibile di ulteriori sviluppi ad oggi imprevedibili, già per il fatto di rimettere ad una libera scelta del giudice comune ogni determinazione circa la via da imboccare al fine di vedere ripianate le antinomie tra norme interne e norme sovranazionali riguardanti i diritti<sup>45</sup>. In tal modo, la Consulta sovraccarica di responsabilità il giudice, cui lo stesso a mia opinione non può (e non deve) con le sue sole forze far fronte; in particolare, non è accettabile – come si è fatto in altri luoghi notare – l’idea, patrocinata dalla Corte costituzionale, secondo cui essa non potrebbe comunque esimersi dal pronunziarsi nel merito di una questione portata al suo esame e riguardante la supposta violazione di una norma della Carta dell’Unione e/o di una norma di diritto derivato alla prima funzionalmente connessa, ove così si sia liberamente determinato a fare l’autorità remittente.

Qui pure, però, è dato riscontrare un’aporia di costruzione, particolarmente evidente ogni qualvolta il giudice comune abbia esplicitamente rilevato nell’ordinanza di rimessione il carattere *self-executing* della norma sovranazionale lesa. Francamente, non si vede come possa il giudice costituzionale non avvedersi che in siffatto frangente verrebbe frontalmente disatteso, con il canone dell’applicazione diretta di *ogni* norma eurounitaria *self-executing*, il principio di cui all’art. 11 che vi dà “copertura”.

Di qui, a mio modo di vedere, l’ulteriore ed invero risolutiva conferma della gracilità del punto di vista della Consulta favorevole allo svolgimento del sindacato accentrato di costituzionalità, in relazione alle antinomie in discorso, in alternativa alla cognizione diffusa dei giudici comuni, laddove l’alternativa stessa sia frutto di una libera decisione di questi ultimi, malgrado – come si diceva – negli stessi atti di avvio del sindacato accentrato sia esplicitamente riconosciuta (magari con il

---

<sup>43</sup> S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, 49 ss.

<sup>44</sup> La generalità ed astrattezza sono, infatti, caratteri naturali ma non necessariamente presenti nelle norme giuridiche che non di rado ne sono prive.

<sup>45</sup> Emblematica la spiegazione che di siffatta libertà di scelta ha dato un autorevole studioso e componente della Corte, F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 487 ss.



supporto di richiami alla giurisprudenza eurounitaria...) l'attitudine delle norme sovranazionali a poter prendere subito il posto delle norme interne con esse incompatibili.

Applicazione diretta ed annullamento, insomma, non sono tecniche fungibili, che il giudice può scegliere *à la carte*, come si fa quando si va al ristorante. Piuttosto, sarebbe auspicabile – come si diceva – che il sindacato accentrato possa finalmente aversi a completamento del controllo diffuso posto in essere nelle aule giudiziarie in cui se ne richiede (*rectius*, prescrive) l'adozione, sì da dar modo alle norme sovranazionali lese da norme interne di potersi subito far valere a beneficio dei diritti evocati in campo dai casi, solo in un secondo momento rimuovendosi pertanto con effetti *erga omnes* le norme responsabili del *vulnus* al diritto eurounitario.

Lara Trucco

**La richiesta referendaria regionale in materia elettorale (vista dalla Liguria)\***

SOMMARIO: 1. Il quesito referendario “ligure”. – 2. L’ammissibilità referendaria alla luce della normativa di risulta. – 3. *Segue*: ...e della chiarezza, omogeneità e univocità del quesito. – 4. La normativa elettorale di risulta: il sistema di voto. – 5. *Segue*: ... la formula elettorale. – 6. *Segue*: ... i collegi elettorali (ma quali?).

**1. Il quesito referendario “ligure”**

La Liguria è stata tra le regioni che hanno approvato la richiesta di svolgimento del *referendum* il cui quesito, incidendo sui quattro testi legislativi qui di seguito riportati, è diretto ad abrogare la parte proporzionale delle norme per le elezioni politiche<sup>1</sup>, puntando così a far residuare un sistema interamente basato su collegi uninominali<sup>2</sup>.

**QUESITO:**

*“Volete voi che siano abrogati:*

**a. il Testo Unico delle leggi recanti norme per l’elezione della Camera dei Deputati** [T.U. Cam.], approvato con decreto del Presidente della Repubblica 30 marzo 1957, n. 361, nel testo risultante dalle modificazioni ed integrazioni ad esso successivamente apportate, limitatamente a [segue l’indicazione delle norme di legge di cui si propone la abrogazione ...];

**b. il decreto legislativo 20 dicembre 1993, n. 533, recante testo unico delle leggi recanti norme per l’elezione del Senato della Repubblica** [T.U. Sen.], nel testo risultante dalle modificazioni ed integrazioni ad esso successivamente apportate, limitatamente alle seguenti parti: [segue l’indicazione delle parti di cui si propone l’abrogazione ...];

**c. la legge 27 maggio 2019, n. 51** [disposizioni per assicurare l’applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari], limitatamente alle seguenti parti: [segue l’indicazione delle parti di cui si propone l’abrogazione ...];

**d. la legge 3 novembre 2017, n. 165** [Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali], limitatamente alle seguenti parti: [segue l’indicazione delle parti di cui si propone l’abrogazione ...]”.

Trattasi – è appena il caso di rammentarlo – della procedura prevista dalla Costituzione (art. 75) come attuata dalla legge n. 352 del 1970 (art. 29)<sup>3</sup> ed i cui contenuti verranno qui esaminati ai fini di

\* Il presente contributo costituisce una rielaborazione dell’audizione svolta, martedì 24 settembre 2019, presso la Commissione I - Affari istituzionali del Consiglio regionale/Assemblea legislativa della Liguria sulla “richiesta di indizione di referendum per l’abrogazione di norme nazionali sull’elezione della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica”, presentata il 16 settembre 2019.

<sup>1</sup> Il 27 settembre, nelle more della pubblicazione, nonostante un voto negativo della Commissione Affari istituzionali, la proposta referendaria è stata approvata dall’Assemblea, andando così la Liguria ad associarsi alle altre sette regioni (ne sarebbero bastate cinque) che hanno votato favorevolmente all’iniziativa referendaria (e cioè a dire, Veneto, Sardegna, Lombardia, Friuli-Venezia Giulia, Piemonte, Abruzzo e Basilicata). Pertanto, il quesito potrà ora essere depositato nel rispetto delle tempistiche (e cioè a dire, entro il 30 settembre) presso la Corte di Cassazione; dopodiché l’Ufficio centrale segnalerà eventuali irregolarità (entro il 31 ottobre) ed interverrà in punto di legittimità della medesima (entro il 15 dicembre). A quel punto sarà la Corte costituzionale a svolgere il proprio giudizio, pronunciandosi sull’ammissibilità del *referendum* (con decisione da pubblicarsi entro il 10 febbraio 2020).

<sup>2</sup> Cfr. la *Relazione di accompagnamento* alla proposta di deliberazione, Atto consiliare del 16 settembre 2019, prot. n. 500 del 2019.

<sup>3</sup> In materia, tra i primi, T. MARTINES, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto regionale*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1992, 128 e s. Cfr. altresì P. COSTANZO, *Teoria e pratica dell’iniziativa referendaria regionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 167 ss.; e M. MEZZANOTTE, *Referendum abrogativo, giudicato costituzionale e Regioni promotrici*, in *Giur. it.*, 1998, 1770 ss.

una valutazione prognostica dell'ammissibilità del quesito da parte della Corte costituzionale, spostando poi l'attenzione sulla "fisionomia" della (eventuale) normativa di risulta, pur nella consapevolezza della fluidità della situazione e, pertanto, dell'alea a cui è soggetta la relativa analisi.

## 2. L'ammissibilità referendaria alla luce della normativa di risulta.

Com'è noto, la Corte costituzionale si è resa disponibile da tempo a pronunciarsi in punto di ammissibilità di *referendum* abrogativi anche oltre i limiti espliciti recati dalle norme costituzionali, com'è appunto avvenuto in materia elettorale ([sent. n. 47 del 1991](#))<sup>4</sup>, individuando una serie di limitazioni/requisiti impliciti, di carattere specifico (v. qui appresso) e/o di portata più generale (v., *infra*, al §3).

Con riguardo al quesito formulato dal consiglio regionale della Liguria, una prima considerazione concerne il fatto di riguardare una normativa la cui «esistenza e vigenza» risulta indispensabile «per assicurare il funzionamento e la continuità» di quell'«organo costituzionale della Repubblica» che è il Parlamento (sentt. [n. 15](#) e [n. 16 del 2008](#)) e che pertanto va annoverata tra quelle «costituzionalmente necessarie», la cui abrogazione non può e non deve produrre vuoti incolumabili in attesa di discipline integrative<sup>5</sup>. Di qui, dunque, la necessità di verificare la disponibilità «in ogni tempo», a seguito di un eventuale esito positivo del referendum «di norme operanti», idonee a garantire il rinnovo e la funzionalità dell'organo parlamentare, scongiurando, nel contempo, paralisi del potere di scioglimento del Presidente della Repubblica (v., ad es., [la sent. n. 29 del 1987](#) e le sentt. [n. 47 del 1991](#), [n. 5 del 1995](#), [n. 26 del 1997](#) e [n. 13 del 1999](#)).

A tale riguardo, si osserva che l'abrogazione non riguarderebbe il testo normativo nella sua interezza, nella prospettiva di innescare la reviviscenza della normativa elettorale pregressa, secondo modalità a cui la Corte costituzionale non ha accondisceso in precedenti occasioni ([sent. n. 13 del 2012](#) ed in termini più generali sentt. [n. 12 del 2014](#) e [n. 5 del 2015](#))<sup>6</sup>, ma tenderebbe, mediante una manipolazione dei testi legislativi, a fare emergere dalla parziale normativa superstita una diversa soluzione in punto di sistema elettorale.

La Corte, del resto, ancora di recente ([sent. n. 26 del 2017](#)) ha assecondato operazioni «di ritaglio» volte a modificare il significato dei testi legislativi con riguardo a discipline già contenute *in nuce* nel tessuto normativo<sup>7</sup>: per cui nel senso dell'ammissibilità potrebbe militare la considerazione della sussistenza, già ad oggi, nell'ambito del complessivo sistema elettorale, di un'ispirazione uninominalistica. Diversamente dovrebbe concludersi evidenziando l'«assetto sostanzialmente nuovo» ([sent. n. 26 del 2017](#)) che interverrebbe a seguito del passaggio dal sistema misto vigente all'uninominale puro (d'altronde, nelle precedenti tornate referendarie in materia elettorale il

<sup>4</sup> Si vedano, tra i principali studi monografici condotti all'epoca sul tema, A. GIORGIS, *I referendum elettorali. Il "compromesso"* n. 47/91, Torino, 1991; P. CARNEVALE, *Il referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Padova, 1992; G.M. SALERNO, *Il referendum*, Padova, 1992; F. LANCHESTER (a cura di), *I referendum elettorali: "L'innovazione istituzionale forzata: il referendum abrogativo tra stimolo e rottura"*, Roma, 1992; e A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale. Contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista*, Milano, 1994.

<sup>5</sup> Ragionano problematicamente sulle «applicazioni ondivaghe» a cui un tale «limite implicito» ha dato e potrebbe dar luogo, E. LAMARQUE, *Ammissibilità dei referendum: un'altra occasione mancata*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2005, 1 e S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, [ivi](#), 2005, 1.

<sup>6</sup> Tanto da portare parte della dottrina a parlare, in casi del genere, di «inammissibilità annunciate» (così M. RUOTOLO, *Un'inammissibilità annunciata. Commento a prima lettura a Corte cost., sent. n. 13/2012*, in [Federalismi.it](#), del 1° febbraio 2012; cfr., inoltre, in argomento, v. R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Nel «limbo» delle leggi. Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?*, Torino, 2012.

<sup>7</sup> Al proposito, più di una qualche riserva sulla possibilità di «legiferare per sottrazione», abrogando «parola per parola» è stata avanzata, in particolare, da C. MEZZANOTTE, *L'ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, in *Nomos*, 2007, 51-52, ritenendo questo tipo di operazione paragonabile alla situazione in cui «qualcuno partendo dal testo della Divina Commedia, volesse riscrivere l'Infinito senza avere a disposizione l'intero panorama della lingua italiana [...]».

cambiamento non era stato così significativo, essendo persistita una certa “ibridazione” del sistema di elezione<sup>8</sup>). Ed infatti, la Consulta è ferma nel censurare i casi in cui rilevi la finalizzazione della manipolazione della struttura linguistica della disposizione all’introduzione di una disciplina di nuova statuizione «assolutamente diversa ed estranea al contesto normativo» la Consulta (sentt. [n. 36 del 1997](#), [n. 13 del 1999](#), [n. 34 del 2000](#) e [n. 43 del 2003](#))<sup>9</sup>.

Passando dal quadro generale ai dettagli, va notato che l’operazione di “chirurgia normativa” che ci si propone di compiere presenta alcune distonie dovute al perdurante richiamo (ma, del resto, come si sarebbe potuto fare?) alle “liste di candidati” (v., ad es. l’art. 18-*bis* e l’art. 21 T.U. Cam.) o ai collegi plurinominali (v., ad es. l’art. 31, c. 4 e l’art. 59-*bis* della normativa di risulta), in un contesto in cui non avrebbero più ragion d’essere (dato che si avrebbe a che fare con liste “monopersonali” e collegi esclusivamente “uninominali”). Anche se ciò potrebbe non arrivare ad inficiare l’ammissibilità del quesito, alla luce della giurisprudenza costituzionale che ha ritenuto la plausibilità di «inconvenienti» delle norme di risulta, pur sempre a condizione che (come parrebbe essere nel caso di specie) essi non incidano «sull’operatività del sistema elettorale», né paralizzino «la funzionalità dell’organo» (sentt. [n. 32 del 1993](#) e [n. 33 del 1993](#))<sup>10</sup>.

Di più arduo adempimento potrebbe risultare invece l’esigenza – che a quel punto sarebbe indefettibile – di rimettere mano al disegno dei collegi elettorali. In caso di esito positivo della consultazione referendaria, infatti, non si potrebbe (più) fare riferimento ad una norma analoga a quella (ormai, per così dire, “consumata”) del *Rosatellum-bis* (art. 3 della legge n. 165 del 2017)<sup>11</sup>. Né a rimediare ad una tale lacuna potrebbero essere invocate, ci pare, le norme di “delega al Governo per la determinazione dei collegi uninominali e plurinominali” contenute nella legge “per assicurare l’applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari” a cui si rivolgono i proponenti, nella formulazione del quesito (v., *supra*, la legge n. 51 del 2019).

Difatti, a parte il *novum* (difficilmente ammissibile) di ricreare per via referendaria una delegazione legislativa (mancherebbe il sinallagma costituzionalmente prescritto delegante-delegato), a seguito dell’intervento abrogativo, residuerebbe un disposto del seguente tenore: “il Governo è delegato ad adottare, entro sessanta giorni, un decreto legislativo per la determinazione dei collegi uninominali e plurinominali per l’elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica”. Ci si troverebbe cioè dinnanzi ad una delega per la ridefinizione del formato circoscrizionale priva sia di *dies a quo*, sia di oggetto, difettandovi l’indicazione della normativa circoscrizionale a cui la stessa dovrebbe essere esercitata ed a cui andrebbe riferita in violazione delle norme costituzionali (art. 76 Cost.).

Di qui, dunque, come si è in parte anticipato, il presentarsi, verosimilmente, di una situazione inedita, in cui la mancanza di “autoapplicabilità” della normativa residuale, con la conseguente dichiarazione di inammissibilità del *referendum* in questione, deriverebbe dall’insussistenza di una valida legge di delegazione per il disegno dei collegi elettorali.

<sup>8</sup> Cfr., al riguardo, spec. A. GIORGIS, *I referendum elettorali. Il “compromesso” n. 47/91*, cit., *passim*; ed i vari interrogativi posti da E. BETTINELLI, *Le nuove regole del gioco*, nell’*Introduzione* al volume di E. Pozzi, S. Rattazzi, *Farsi eleggere. La campagna elettorale nella Seconda Repubblica*, Milano, 1994, X.

<sup>9</sup> Più in generale, il Giudice costituzionale è parso attento, in situazioni del genere, a scongiurare il rischio di avallare operazioni di trasformazione del *referendum* abrogativo in forme referendarie di tipo consultivo o addirittura propositivo (in violazione, in partic., del combinato disposto degli artt. 1, 48 e 75 Cost.). Cfr., al riguardo e più in generale, in argomento, A. GIGLIOTTI, *L’ammissibilità dei referendum in materia elettorale*, Milano, 2009, 234; e A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2010, *passim*.

<sup>10</sup> Cfr., sul punto, all’epoca, G.G. FLORIDIA, *Referendum elettorali e difetti della normativa di risulta: “inconvenienti” vs. “impedimenti”?*, in *Giur. cost.*, 1993, 225 e ss.

<sup>11</sup> V., *infra*, la nota 17.

### 3. Segue: ... e della chiarezza, omogeneità e univocità del quesito.

Tra i requisiti che secondo la Consulta devono presidiare la libertà di voto, rilevano l'univocità e l'omogeneità ([sent. n. 16 del 1978](#)), in quanto funzionali all'imprescindibile chiarezza dell'operazione referendaria «venendole a conferire, rispettivamente, chiarezza nella finalità unidirezionale e chiarezza nella struttura del quesito» (sentt. [n. 47 del 1991](#) e [n. 17 del 2008](#)).

Com'è noto, il requisito dell'omogeneità (a cui possono ricondursi quelli della coerenza ed intellegibilità) comporta che il quesito referendario non possa contenere più richieste non riconducibili ad una matrice razionalmente unitaria (v. ad es., le sentt. [n. 16 del 1978](#), nn. [24](#), [28](#) e [29](#) del 1981, n. [27 del 1982](#), n. [29 del 1987](#), n. [47 del 1991](#), n. [29 del 1993](#) e n. [6 del 1995](#)).

Pertanto, quando il quesito prende in considerazione, come nella specie, una pluralità di disposizioni, «occorre ricercare se le norme medesime, obiettivamente considerate nella loro struttura e nelle loro finalità, presentino un comune principio, la cui eliminazione dall'ordinamento attraverso l'abrogazione referendaria, o la cui permanenza in alternativa, verrà a dipendere dalla risposta che il corpo elettorale fornirà al quesito medesimo» ([sent. n. 16 del 1997](#)).

In passato, sono state così ritenute inammissibili richieste nelle quali ciascun quesito da sottoporre al corpo elettorale conteneva una «pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria, da non poter venire ricondotto alla logica dell'art. 75 Cost.; discostandosi in modo manifesto ed arbitrario dagli scopi in vista dei quali l'istituto del referendum abrogativo è stato introdotto nella Costituzione, come strumento di genuina manifestazione della sovranità popolare» (sent. n. 16/1978). Sono stati dichiarati invece ammissibili *referendum* elettorali che, pur consistendo in una pluralità di domande, risultavano nondimeno intimamente connessi, in quanto volti all'ottenimento di un sistema elettorale di un certo tipo invece che di un altro» (sentt. [n. 32 del 1993](#) e spec. [n. 33 del 1993](#)).

Su questa base, il quesito in esame parrebbe soddisfare il requisito dell'omogeneità, essendo volto, nel suo complesso e, dunque, nel quadro di tutti e quattro i testi di legge riguardati, ad abrogare «le disposizioni sull'attribuzione dei seggi con metodo proporzionale in collegi plurinominali», presentando, in ultima analisi, il «criterio ispiratore fondamentale comune» dato dalla traslazione del sistema in senso maggioritario.

Qualche criticità in più, invece, a nostro parere, lo presenta il profilo dell'univocità del quesito stesso, a detrimento della chiarezza dell'intera operazione referendaria. Si rammenta, al proposito, che nella propria giurisprudenza, la Corte costituzionale, pur sempre volgendo l'attenzione al rispetto della fondamentale esigenza che venga garantita agli elettori l'espressione di un voto consapevole, ha chiarito che le alternative proposte agli elettori devono essere «univoche negli esiti», ovvero riconducibili «ad unità» ([sent. n. 16 del 1978](#)).

È stato quindi su questa base che la Corte ha fatto divieto di sottoporre «a consultazione popolare» quesiti «di dubbio significato» ([sent. n. 28 del 1987](#)) così come prospettazioni «oggettivamente ambigue» «sia nel quesito referendario sia nella normativa di risulta» ed «equivoche» a motivo del perseguimento di «due obiettivi non necessariamente coincidenti» ([sent. n. 47 del 1991](#)). Il che, ci pare, fa sorgere qualche dubbio in punto di ammissibilità di una domanda referendaria che, come quella in esame, nel presentarsi unitariamente, sottende, in realtà, due diversi quesiti, così esplicitabili:

#### **QUESITI:**

1) «volete voi che siano abrogate le disposizioni sull'attribuzione dei seggi con metodo proporzionale in collegi plurinominali nell'elezione della Camera dei deputati?»

2) «volete voi che siano abrogate le disposizioni sull'attribuzione dei seggi con metodo proporzionale in collegi plurinominali nell'elezione del Senato della repubblica?»

Nello specifico, una simile formulazione comporta ed impone l'unicità di una scelta (abrogazione delle norme di elezione *sia* della Camera, *sia* del Senato) che, invece, gli elettori dovrebbero poter mantenere divisa con la previsione e l'applicazione di due sistemi elettorali diversi per l'elezione di ciascun ramo del Parlamento.

Di qui, dunque, come si diceva, la possibilità che la Corte ravvisi nel caso di specie la presenza di quella forma di coercizione della libertà di scelta censurata a più riprese, dovuta alla impossibilità per l'elettore di modulare il proprio voto sulla base della «diversità degli esiti legislativi sottesi alle singole disposizioni oggetto di *referendum*» (sentt. [n. 16 del 1978](#) e [n. 47 del 1991](#)), ovvero al fatto di «dover esprimere un voto bloccato su una pluralità di atti e di disposizioni diverse» (sentt. [n. 12 del 2014](#), [n. 6 del 2015](#)). Ciò che, peraltro, parrebbe avallato dal fatto che le precedenti tornate referendarie in materia abbiano avuto ad oggetto profili concernenti alternativamente l'una o l'altra Camera (e mai, congiuntamente, entrambe). Del resto, un indizio della mancanza di univocità pare forse reperibile, sia pure in controtela, nella stessa relazione di accompagnamento al testo della proposta referendaria, dove viene dato rilievo soltanto all'omogeneità del quesito e non invece al requisito in questione (che non viene nemmeno menzionato)<sup>12</sup>.

Più in generale, si rileva problematicamente l'impatto che l'ipotesi referendaria avrebbe sullo stesso principio bicamerale, costringendo ad un'omologazione assai spinta dei criteri di reclutamento delle due Camere il cui fine rappresentativo viene invece mantenuto, dalla Costituzione, distinto, come d'altronde sta a testimoniare l'elezione su base regionale del Senato (artt. 56 e 57 Cost.). Certo: non sfugge che una tale criticità potrebbe essere emarginata avendo la Corte escluso, ancora in tempi recenti ed in conformità ad una costante giurisprudenza, che in sede di controllo di ammissibilità dei *referendum*, possano venire in rilievo profili di incostituzionalità sia della legge oggetto di *referendum* sia della normativa di risulta (sentt. nn. [45](#), [46](#), [47](#) e [48](#) del 2005, [n. 15](#) e [n. 16](#) del 2008 e, più di recente, [sent. n. 17 del 2016](#))<sup>13</sup>. Ma ci si chiede se tale *self-restraint* potrebbe arrivare ad ammettere un *vulnus* sia pure provvisorio a principi di sistema, proprio in una materia, come quella della rappresentanza elettiva, in cui la stessa Corte ha manifestato, in tempi recenti, un notevole attivismo (v. per tutte le sentt. [n. 1 del 2014](#) e [n. 35 del 2017](#))<sup>14</sup>.

Per ulteriore profilo, meriterebbe, probabilmente, un *surplus* di attenzione la questione dell'interesse delle regioni a proporre un *referendum* di questo tipo, specie se si condivide l'idea che, sottesa al disposto costituzionale (art. 75 Cost.), sia una *ratio* "antimaggioritaria" di tutela delle regioni avverso leggi statali variamente pregiudizievoli nei loro confronti. In quest'ottica, si è portati infatti a ritenere che il *referendum* proposto da cinque regioni al Parlamento potrebbe essere dichiarato ammissibile solo avendo ad oggetto questioni, per l'appunto, "ridondanti" sull'interesse regionale e non, invece, come parrebbe essere nel caso in esame, dinnanzi a profili avulsi dal contesto riguardato (non esclusa, a ben vedere, quella concernente l'elezione dello stesso Senato)<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> V. la *supra* alla nota 2.

<sup>13</sup> Considera particolarmente problematico il fatto che «ragionando in questo modo», si finirebbe «col garantire l'immunità ai vizi più gravi che possono caratterizzare una legge elettorale», partic. M. CROCE, *Incostituzionalità ipotetiche, "probabilità concrete" e "aspetti problematici": quando la Corte vede ma non provvede*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2008, 3; ritiene che invece la Corte in varie occasioni mostri di volere «ed anzi di dovere» incorporare nel sindacato di ammissibilità un giudizio anticipato di legittimità costituzionale A. RUGGERI, "Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e *referendum* ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita, [ivi](#), 2005, 4.

<sup>14</sup> Sulla situazione di stallo che, invece, si era venuta a creare in precedenza, seguendosi «le vie normali di accesso al giudizio di costituzionalità delle leggi» (Corte cost., sentt. [n. 15](#) e [n. 16 del 2008](#)), sia consentito rinviare a L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, 2011, 243 e ss.

<sup>15</sup> Del resto, parrebbe militare in questo senso la recente vicenda del "referendum sulle trivelle", presentato da cinque regioni dichiarato ammissibile dalla Corte (anche se poi, il 17 aprile 2016 non raggiunse il *quorum*), dato che in quell'occasione un esito positivo della consultazione avrebbe avuto delle ricadute dirette sui territori regionali, specie con riguardo alla durata delle concessioni per estrarre idrocarburi in zone di mare.

Più in generale, sulla possibilità di prospettare un limite specifico all'iniziativa referendaria regionale a motivo dell'"interesse regionale" allo svolgimento della consultazione popolare, cfr. P. COSTANZO, *Teoria e pratica dell'iniziativa referendaria regionale*, cit. 181.

#### 4. La normativa elettorale di risulta: il sistema di voto

S'intende ora portare l'analisi sul sistema elettorale che residuerebbe nel caso di esito positivo della consultazione referendaria<sup>16</sup>.

Va subito ribadito che non si avrebbe più a che fare con un sistema di elezione di natura mista<sup>17</sup>, bensì di un sistema maggioritario, innestato in collegi uninominali. Per la precisione, a stare della normativa di risulta, sottratta la parte proporzionale, in disparte l'"estero", tutti i collegi di Camera e Senato sarebbero uninominali.

Quanto al sistema di votazione in senso ampio considerato, in ciascun collegio si avrebbe un solo candidato, in liste, sì blindate, epperò in cui massima risulterebbe la personalizzazione della scelta, trattandosi di liste "monopersonali", presentando una fisionomia dunque ben lontana da quelle liste "lenzuola" (v. la "legge Calderoli") dichiarate incostituzionali dalla Consulta in quanto costringevano gli elettori a dare un voto a candidati «che difficilmente conosce[vano]» ([sent. n. 1 del 2014](#)), in violazione della libertà di suffragio (art. 48, c. 2 Cost.). Anzi, sembrerebbe in certo modo corrispondersi ad un sistema valutato positivamente dallo stesso Giudice costituzionale – al pari, peraltro, di altri meccanismi e metodi – nelle circostanze date, in ragione, oltre che delle «dimensioni territorialmente ridotte» che avrebbero le circoscrizioni elettorali (cfr., al proposito, *infra*, il §5), del fatto che in esse il numero dei candidati da eleggere sarebbe «talmente esiguo da garantire l'effettiva conoscibilità degli stessi e con essa l'effettività della scelta e la libertà del voto» (v. la [sent. n. 35 del 2017](#)).

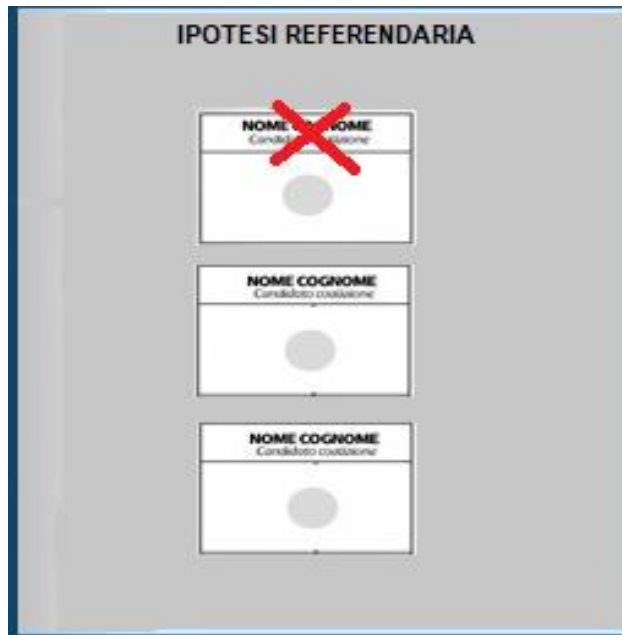
Si osserva, peraltro, come il divieto che residuerebbe, a pena di nullità, di "candidarsi" e di "presentarsi con diversi contrassegni nei collegi uninominali" (art. 19 T.U. Cam.) ovvero l'abrogazione del meccanismo delle "candidature multiple", contribuirebbe a rinforzare l'attitudine "personalistica" del voto, ponendo altresì il nostro ordinamento meglio in linea con la tendenza rilevabile nella più parte degli ordinamenti di caratura liberaldemocratica, in cui le pluricandidature sono state eliminate. Il fatto che poi cadrebbe anche la previsione che ad oggi vincola, a pena di inammissibilità, ciascuna lista a presentare candidati in tutti i collegi uninominali (art. 2-*bis* T.U. Cam.) porta ad interrogarsi se ne potrebbero uscire consentite e/o addirittura valorizzate cd. "candidature indipendenti".

Con riguardo, poi alla rappresentanza di genere, permarrrebbe la previsione che dispone che "nel complesso delle candidature presentate da ogni lista o coalizione di liste nei collegi uninominali", rispettivamente, a livello nazionale per la Camera ed a livello regionale per il Senato, "nessuno dei due generi possa essere rappresentato in misura superiore al 60 per cento" (art. 3, c. 1 T.U. Cam. e art. 4-*bis* T.U. Sen.), non risultando, però (più) del tutto perspicuo come si dovrebbe procedere nel caso in cui ciò dovesse essere disatteso (cfr. altresì, l'art. 3-*bis* T.U. Cam.).

Venendo al voto in senso stretto considerato, l'elettore continuerebbe a vedersi consegnate due schede (dotate del tagliando antifrode epperò invece prive ora delle "istruzioni" materiali di voto) che dovrebbero recare "il nome del candidato nel collegio uninominale e il contrassegno di ciascuna lista" (art. 4, c. 2 T.U. Cam.), secondo, approssimativamente, la seguente stilizzazione (art. 31 T.U. Cam.):

<sup>16</sup> Non verranno qui prese in considerazione le specificità del "voto estero" e delle regioni a Statuto speciale; inoltre, terremo a riferimento il sistema di elezione della Camera dei deputati, dato che quello del Senato sarebbe pressoché identico.

<sup>17</sup> Sulle principali caratteristiche del sistema elettorale introdotto dalla menzionata legge n. 165 del 2017, si rinvia, in particolare, al numero speciale di *Giurisprudenza Italiana* P. COSTANZO, A. RUGGERI, L. TRUCCO (a cura di), *Elezioni politiche 2018: come funziona il* Rosatellum-bis, Milano, 2018.



Più precisamente, ogni elettore disporrebbe di un voto da esprimere su ciascuna delle schede che gli verrebbero consegnate, alternativamente, nei seguenti modi:

- “sul rettangolo contenente il contrassegno della lista” (art. 58 T.U. Cam.); o
- “solo sul nome del candidato nel collegio uninominale” (art. 58 T.U. Cam.; art. 14 T.U. Sen.); o
- “sul contrassegno” (art. 59-bis); o, ancora,
- “sul rettangolo contenente il contrassegno della lista e i nominativi dei candidati nel collegio” (art. 14 T.U. Sen.).

Pertanto, verrebbero meno i meccanismi della fusione del voto, così come quelli della sua trasferibilità “*pro quota*”; mentre si conferma il divieto di voto diviso, risultandone, in ultima analisi, beneficiato in automatico ed integralmente il singolo candidato del collegio uninominale, con un’indubbia semplificazione del sistema. Là dove, come si è in parte anticipato, necessiterebbe di essere riallineata in via interpretativa, in particolare, la previsione che vuole che in caso di segno apposto sul contrassegno, il voto sia “considerato valido a favore della lista e ai fini dell’elezione del candidato nel collegio uninominale” (art. 58 e art. 59-bis T.U. Cam.).

##### 5. Segue: ... la formula elettorale.

Quanto al sistema di assegnazione dei seggi, si è già avuto modo di osservare problematicamente l’attitudine all’omologazione dell’ipotesi referendaria di Camera e Senato, in forza dell’applicazione di una (medesima) formula, frutto di un voto referendario unitario (v. *supra*, spec. i §§ 1 e 3).

Se, ad uno sguardo sommario, sembrerebbe di avere a che fare con un sistema “*plurality*” (in luogo del metodo del quoziente e dei più alti resti): uninominale ed a voto e turno unici (v. *supra*, il §4), privo di soglie di sbarramento esplicite e senza premio di maggioranza, un esame più approfondito porta invece a rilevare una differenza di non poco conto rispetto al modello di tradizione anglosassone, dato dalla componente “coalizionale”, la quale, già presente, com’è noto, nel vigente *Rosatellum-bis*, verrebbe perpetuata, finendo per annacquare la caratura “personalistica” e “personalizzante” del sistema.

Nello specifico, ai partiti ed ai gruppi politici organizzati, sarebbe dato modo di (continuare) a presentarsi, oltre che in liste singole con un solo contrassegno, anche, per l’appunto, coalizzati: sia pur alla condizione di presentare candidature unitarie: “nel caso di liste collegate tra loro queste presentano il medesimo candidato nei collegi uninominali”, reciterebbe infatti la norma (art. 1-bis



T.U. Cam.), per cui gli elettori potrebbero trovarsi tra le mani una scheda di contenuto “ibrido” di questo tipo:

L’abrogazione, poi, delle norme relative alle soglie di sbarramento, potrebbe indurre, da un lato, le forze politiche minoritarie ma identitariamente caratterizzate a presentare candidature “singole”, al possibile distribuite sul territorio, ma anche, dall’altro lato, le forze politiche con, invece, maggiori *chances* di vittoria ad allearsi, al fine di essere più attrattive e soprattutto di legittimare col voto possibili alleanze di governo, sino all’estremo di una *cross-party coalition* sul piano nazionale.

La scomparsa dei collegi plurinominali comporterebbe, dunque, il venir meno di quella geografia elettorale ad oggi funzionale allo svolgimento sequenziale e, per così dire, “ad imbuto” del procedimento di attribuzione delle cariche (dal livello nazionale a quello di singolo collegio, passando per le circoscrizioni, con varie possibilità di “slittamento” dei seggi).

A ciò, subentrerebbe infatti la sola determinazione “della cifra elettorale individuale di ciascun candidato nei collegi uninominali” e l’elezione “in ciascun collegio uninominale” del candidato “che ha ottenuto il maggior numero di voti validi” (art. 77 T.U. Cam. e art. 16 T.U. Sen.). Là dove a completare il quadro resterebbe, nel caso in cui per qualsiasi causa “rimanga vacante un seggio”, la previsione di elezioni suppletive (art. 86 T.U. Cam. e art. 19 T.U. Sen.), benché vada rilevato problematicamente il fatto che non potrebbe più attingersi, all’uopo, all’elenco dei quattro candidati supplenti “due di sesso maschile e due di sesso femminile” allegati alle varie liste (dato che l’art. 3-*bis* T.U. Cam. che ad oggi lo prevede verrebbe abrogato).

#### 6. Segue: ... i collegi elettorali (ma quali?)

Ad ogni modo, da quanto osservato rileva l’importanza, per il rendimento del sistema (in senso più o meno spiccatamente maggioritario), della sussistenza ed altresì di un accorto disegno del formato circoscrizionale.

È noto come ad oggi, alla Camera, 231(+ 1 valdostano) seggi sono attribuiti in collegi uninominali ed i restanti 386 con metodo proporzionale; mentre al Senato i collegi uninominali sono 116 e con metodo proporzionale vengono assegnati 193 seggi (cfr. le norme del *Rosatellum-bis* ed il relativo decreto di attuazione). Il che significa che se il *referendum* dovesse avere esiti positivi, si avrebbero,

rispettivamente, 386 e 193 seggi plurinominali in attesa di vedersi ripartiti, ai fini dell'applicazione del sistema *plurality*, in collegi uninominali (v. *supra, passim*).

Ora, in mancanza, verosimilmente (v. *supra*, il §2), di una valida norma di delega al riguardo, si potrebbe forse immaginare di elaborare un inedito formato circoscrizionale “ibrido”, composto da collegi uninominali assegnati, tuttavia, nell'ambito di un duplice livello territoriale, mantenendosi l'attuale riparto uninominale ed aggiungendosi nondimeno ad esso quello plurinominale, assegnando ora ad esso un solo seggio. Del resto, che, anche nel caso di successo dell'ipotesi referendaria, la sussistenza di un duplice livello di definizione dei collegi resterebbe vigente, è dato di ricavarlo dalla perdurante vigenza di vari disposti che ne presupporrebbero la sussistenza: basti qui richiamare la previsione che vuole che “nel caso in cui sia dichiarata non valida la candidatura in un collegio uninominale”, resti “valida la presentazione della lista negli altri collegi uninominali della circoscrizione” (art. 22 T.U. Cam.), e quella in base alla quale l'elezione avviene “sulla base dei voti espressi nelle circoscrizioni regionali, suddivise in collegi uninominali” (art. 2 T.U. Sen.).

Il fatto è che il meccanismo di riparto non potrebbe funzionare, dal momento che il sistema vigente prevede che i seggi “proporzionali” vengano assegnati, rispettivamente, nell'ambito di 63 collegi plurinominali alla Camera e di 34 collegi plurinominali al Senato: sicché si riuscirebbe a proclamare, al più, rispettivamente, 295 e 150 eletti nei due rami del Parlamento.

Per diverso profilo, sarebbe nelle cose (data la diversità, nel sistema attuale, in termini di magnitudo dei collegi uninominali e plurinominali) il pregiudizio che un tale riparto produrrebbe della norma che, al fine di garantire una definizione equilibrata dei collegi stessi, prescrive (e continuerebbe a prescrivere) che “la popolazione di ciascun collegio uninominale può scostarsi dalla media della popolazione dei collegi uninominali della circoscrizione di non oltre il 20 per cento in eccesso o in difetto” (art. 3, c. 1, lett. c) del *Rosatellum-bis*).

Da ultimo, non sembra di potersi sfuggire dalla considerazione della situazione che deriverebbe dalla combinazione dei risultati parziali a livello dell'ordinamento generale, dal momento che in tale situazione aggregata diversi fattori possono militare a favore di esiti maggioritari o, a seconda dei casi, proporzionali. A questo proposito, è facilmente dimostrabile come esiti maggioritari siano più agevolmente ottenibili applicando il *plurality* su collegi di ampie dimensioni, sino al limite della sola lista candidata nell'ambito di un “collegio unico” (con l'ovvia avvertenza, tuttavia, dell'inconciliabilità di una simile soluzione nell'ambito di sistemi che vogliano dirsi democratici).

Diversamente, le probabilità che l'organo rappresentativo presenti una varietà politica avversa ad un esito maggioritario in applicazione della ridetta formula risultano aumentare al crescere del numero vuoi delle liste in competizione, vuoi anche, si noti, del numero complessivo di collegi in cui è suddiviso il territorio nazionale. In vigenza di tali condizioni, infatti, aumentano le probabilità che si verifichino compensazioni nella distribuzione dei seggi tra un collegio e l'altro, rendendo, con ciò, più concreta l'ipotesi che in via empirica si realizzi una distribuzione di seggi prossima al rapporto proporzionale delle forze in campo (come del resto sta a testimoniare il presentarsi talora del cd. “paradosso del vincitore minoritario”).

Tutto questo porta conclusivamente a rilevare le migliori condizioni che verrebbero a crearsi per una resa in senso maggioritario del sistema se venissero approvate le norme sulla riduzione del numero di parlamentari, dato che, per l'appunto, una tale diminuzione (rispettivamente: da 630 a 400 seggi alla Camera e da 315 a 200 seggi al Senato) porterebbe con sé un significativo ampliamento della *magnitudo* del formato circoscrizionale. Ciò che a sua volta, all'evidenza, necessiterebbe di vedere rimate le “tracce” del “filo rosso” proporzionalista variamente reperibili nell'intelaiatura costituzionale vigente (v., ad es., le modalità di composizione delle commissioni legislative e delle commissioni d'inchiesta, nonché degli organi costituzionali “di garanzia”) e, più in generale le implicazioni sistemiche di tale opzione (v. ad es., la previsione di *quorum* speciali; le facoltà attribuite anche a quote minoritarie delle Camere, nonché la stessa *ratio* sottesa alla “riserva di legge”, solo per menzionarne alcune).

Aprendosi, con ciò, un ulteriore capitolo del parlamentarismo repubblicano, tutto ancora da scrivere.

**Antonio Ruggeri**  
**Costituzione, lotta alla corruzione, “buon governo”\***

SOMMARIO: 1. La corruzione quale emblematica testimonianza della crisi dei rappresentanti e, prima ancora, dei rappresentati, nonché degli ostacoli cui va incontro l’etica pubblica repubblicana, riconosciuta in Costituzione, a farsi fino in fondo valere. – 2. Alcuni equivoci ricorrenti in ordine al “buon governo” e la problematica ricerca dei possibili rimedi ai guasti causati dalla corruzione.

*1. La corruzione quale emblematica testimonianza della crisi dei rappresentanti e, prima ancora, dei rappresentati, nonché degli ostacoli cui va incontro l’etica pubblica repubblicana, riconosciuta in Costituzione, a farsi fino in fondo valere*

Pochi temi si pongono, al pari di quello oggi discusso, quale banco di prova altamente attendibile per la verifica dello stato di salute del corpo sociale, della capacità di coloro che lo governano di far fronte al compito al quale sono chiamati e, in ultima istanza, dell’attitudine della Costituzione a dar voce a valori fondamentali nei quali si riconosce una comunità politicamente organizzata e, di conseguenza, a porre principi e regole idonei a farli valere, assicurando per ciò stesso l’integra trasmissione dell’ordinamento nel tempo. La Costituzione – come da tempo la più sensibile dottrina ha messo in chiaro – racchiude ed esprime nella sua essenza una *etica pubblica*, risultante dal patrimonio dei valori suddetti, in nome dei quali in un certo momento storico è stata combattuta da alcune forze politiche la battaglia conclusasi con l’abbattimento del vecchio ordine preesistente e la sconfitta delle forze politiche che lo reggevano. In particolare, una Costituzione di ispirazione liberale, quale quella italiana venuta alla luce dopo la immane tragedia del secondo conflitto bellico e la caduta del fascismo o la spagnola post-franchista, si connota – come si sa – per il fatto di assumere quale suo fine primario la salvaguardia della persona umana<sup>1</sup>. Tanto la disciplina della parte sostantiva, relativa ai diritti e ai doveri dei cittadini (e, in genere, di coloro che si trovano nel territorio dello Stato), quanto quella concernente l’organizzazione dei pubblici poteri trovano fondamento e giustificazione nel fine suddetto, al quale dunque si riportano, in primo luogo, i principi fondamentali e, quindi, le disposizioni restanti della Carta costituzionale.

Ho richiamato questi concetti basilari della teoria costituzionale unicamente a conferma del fatto che la corruzione costituisce una sorta di termometro che dà la misura del grado di salute ovvero di malattia del corpo sociale cui si applica.

Certo, la corruzione non è il solo punto di riferimento bisognoso di essere al riguardo tenuto presente; è, però, come si diceva, uno dei più rilevanti. Come per tutti i mali, poi, la fisiologia non viene chiaramente meno fintantoché lo stato patologico non si porta oltre una certa soglia di tolleranza. Non possediamo indici sicuri di come stiano davvero le cose: è come per le trasgressioni del codice della strada, di cui conosciamo solo quelle rilevate da chi è preposto a combatterle; si dà tuttavia un “sommerso” d’incalcolabile entità, che tale rimane proprio perché non viene alla luce e

---

\* Relazione conclusiva della terza sessione di lavoro dedicata a *La lucha contra la corrupción a la búsqueda del buen gobierno*, nell’ambito delle XII Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale su *Transparencia, acceso a información pública y lucha contra la corrupción. Tres experiencias a examen: Italia, Brasil y España*, Jerez de la Frontera 26-27 settembre 2019.

Dedico questo scritto alla memoria di Francesco Saverio Borrelli, magistrato integerrimo, servitore dello Stato, uomo giusto.

<sup>1</sup> Hanno, ancora di recente, fermato con opportuni rilievi l’attenzione sul punto A. MORELLI, [Il principio personalista nell’era dei populismi](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2019/II](#), 359 ss., e G. LANEVE, [Pluralismo e Limite \(al potere e per l’altro\): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo](#), [ibid.](#), [Studi 2019/III](#), 481 ss.

sanzionato<sup>2</sup>. È ad ogni buon conto fondato il timore che, al pari di un *iceberg*, la parte nascosta sia proprio quella di maggiore consistenza<sup>3</sup>.

Al fondo, quanto c'è sia di buono che di cattivo in seno ad un corpo sociale ha un fondamento di carattere culturale: è, insomma, un fatto di mentalità, più o meno diffusa, che poi sollecita ed orienta i comportamenti ad essa conseguenti.

Sono da tempo convinto (ed anzi sempre di più mi radico in questo mio convincimento) che due sono i mali che particolarmente affliggono le comunità organizzate (e, tra queste, principalmente gli Stati), mali che temo vadano sempre di più radicandosi a fondo in un terreno spianato e reso fertile da plurime cause convergenti nel favorirne la crescita e la diffusione: l'iniqua distribuzione della ricchezza e, appunto, una corruzione dilagante<sup>4</sup>. Ed è allora da chiedersi se si diano nel tempo presente le condizioni di sistema, strutturali, che consentano (se non di debellarli, quanto meno) di contenerne in una certa, significativa misura gli effetti perversi e pervasivi. Purtroppo, disponiamo di indici plurimi e convergenti nel far temere che un'autentica sterzata rispetto a questo *trend* assai difficilmente potrà aversi, perlomeno nel breve periodo.

Muovo da un dato che mi parrebbe essere ormai provato; ed è che la corruzione, per un verso, non lascia indenne alcun angolo, anche il più recondito, del corpo sociale e, per un altro verso, contagia le istituzioni abilitate all'esercizio di pubbliche funzioni, a partire proprio da quelle di governo.

Si tratta di esperienze *quodammodo* speculari; d'altronde, la più avvertita dottrina ha da tempo persuasivamente argomentato l'idea secondo cui la crisi della rappresentanza politica (*rectius*, della rappresentatività) è lo specchio di una generale crisi coinvolgente la comunità governata: è, insomma, crisi del rappresentato prima (e più ancora) che crisi del rappresentante<sup>5</sup>; ed è

---

<sup>2</sup> ... tanto più laddove si tratti di fatti di "microcorruzione", la cui "drammatica estensione" è ora opportunamente rilevata da G. TARLI BARBIERI, nella sua relaz. alle XII Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale, cit., § 3.

<sup>3</sup> In tema, tra gli altri, E. CARLONI, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 3/2017, 445 ss.; M. TRAPANI, *La prevenzione e il controllo della corruzione e dell'etica pubblica mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 15 aprile 2018; AA.VV., *Misurare la corruzione oggi. Obiettivi, metodi, esperienze*, a cura di M. Gnaldi - B. Ponti, FrancoAngeli, Milano 2018. V., inoltre, i dati risultanti dal dossier dell'I-com, ad opera di G. Massaro - M. Masulli - G. Sgueo e a cura di S. da Empoli, su *Italia interrotta: il peso della corruzione sulla crescita economica*, giugno 2018. A quanto riferisce *La Repubblica* del 29 gennaio 2019, l'Italia si collocherebbe al cinquantatreesimo posto in graduatoria, con un recupero rispetto all'anno precedente di due punti (ivi, pure un quadro relativo a numerosi altri Paesi). Secondo la stima fatta da Unimpresa ([comunicato stampa del 18 giugno 2018](#)), la corruzione farebbe diminuire da noi gli investimenti esteri del 16% ed avrebbe mandato in fumo in dieci anni circa cento miliardi di Pil; v., inoltre, i dati ora riferiti da G. TARLI BARBIERI, relaz. cit. (si soffermano sulla differenza tra la corruzione "percepita" e quella reale, R. CANTONE - E. CARLONI, *'Percezione' della corruzione e politiche anticorruzione*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 18 febbraio 2019). Sull'opera svolta dall'Autorità nazionale anticorruzione, tra gli altri, AA.VV., *L'autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I.A. Nicotra, Giappichelli, Torino 2016. Ulteriori riferimenti, ora, nei contributi di N. LUPO e P. MILAZZO alle XII Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale, cit.

<sup>4</sup> Così, ad es., nel mio *Per una "federalizzazione" dello Stato e dell'Unione europea: un esito necessario e... irraggiungibile?*, in *Le Regioni*, 1/2018, 59 ss.

<sup>5</sup> M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon - F. Biondi, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss.

Sulla crisi della rappresentanza politica la letteratura seguita a venire alla luce a ritmi incalzanti: solo per alcuni essenziali richiami agli scritti da noi più di recente apparsi, v. AA.VV., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, a cura di P. Bilancia, Giappichelli, Torino 2018; A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Dir. cost.*, 1/2018, 95 ss., e, dello stesso, *amplius*, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino 2018; F. GIRELLI, *Il mandato parlamentare e lo spazio della sua "libertà". Per una lettura combinata degli artt. 67 e 68 della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in [Rivista AIC](#), 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., spec. 423 ss., e, dello stesso, ora *Pluralismo e Limite (al potere e per l'altro): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo*, cit.; G. MARTINICO, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in [Questione Giustizia](#), 1/2019,

francamente singolare che la pubblica opinione abbia una larga ed avvertita percezione della corruzione diffusa in seno ai partiti politici fingendo di non avvedersi di quanto essa sia radicata nel corpo sociale<sup>6</sup>: come nella parabola evangelica di Luca vediamo la pagliuzza che è nell'occhio altrui e non la trave che è nel nostro.

Sta di fatto che leggi non venute alla luce ovvero scritte male, oscure<sup>7</sup>, qualitativamente scadenti (nella duplice accezione di cui dirò a momenti) alimentano – secondo un convincimento diffuso – la corruzione o, diciamo meglio, costituiscono un terreno fertile su cui essa può mettere radici e crescere, così come – lo ha egregiamente dimostrato G. Tarli Barbieri<sup>8</sup> – è innegabile che la legislazione emergenziale faccia da “veicolo di fenomeni corruttivi”<sup>9</sup>.

Questo difetto strutturale trapassa dal piano della *legis latio* a quello della *legis executio*, contagiando dunque tanto le attività di amministrazione quanto quelle di garanzia, nelle plurime espressioni sia delle une che delle altre. Ed è persino banale dover qui rammentare che, nel momento stesso in cui la corruzione investe anche i controllori, vale a dire coloro che dovrebbero vigilare sulle sue manifestazioni e, quindi, colpirle duramente, il cerchio si chiude in modo perverso in se stesso, non lasciando spazio alla speranza di poterlo spezzare.

Dicevo della scadente qualità delle leggi. Il sostantivo è usualmente inteso come riguardante le tecniche di redazione degli atti normativi (a partire, appunto, dalle leggi). Non v'è dubbio che si tratti di un'accezione corretta e meritevole di ogni considerazione. Non è, però, la sola che giustifichi il ricorso al termine. Da oltre quarant'anni a questa parte, mi sono dichiarato dell'avviso che il lemma “qualità” possieda anche (e soprattutto) un rilievo apprezzabile in prospettiva assiologicamente orientata, denoti cioè l'attitudine degli atti stessi ad assicurare un'adeguata implementazione dei fini-valori costituzionali, nel loro fare “sistema”. *Qualitativamente pregevoli* – come dicevo nel mio primo scritto monografico in tema di fonti<sup>10</sup> – sono, dunque, quegli atti che riescono a porsi *al servizio* dell'etica pubblica repubblicana mirabilmente descritta nella Carta costituzionale, non già che *si servono* di quest'ultima, piegandola innaturalmente a fini di parte o – peggio – personali, e dunque distorcendone il complessivo significato pensato in funzione dell'appagamento dei più diffusi ed avvertiti bisogni, specie delle persone che la sorte ha maggiormente svantaggiato e penalizzato.

---

71 ss.; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in questa *Rivista*, *Studi 2019/II*, 249 ss. e, dello stesso, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *Federalismi.it*, 12/2019, 19 giugno 2019; F. VECCHIO, *Lo Stato costituzionale in pericolo: crisi della rappresentanza e istituzioni giudiziarie sotto attacco*, in AA.VV., *La sovranità in Europa*, a cura di M. Blancato e G. don Di Rosa, Quad. di Notabilis, giugno 2019, 33 ss.; T. FENUCCI, *Riflessioni sul populismo*, in *Federalismi.it*, 14/2019, 17 luglio 2019; F. BILANCIA, *Democrazia, interessi economici e Costituzione*, in AA.VV., *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, a cura di F. Bassanini - F. Cerniglia - F. Pizzolato - A. Qudrio Curzio - L. Vandelli, Il Mulino, Bologna 2019; A.G. LANZAFAME, *La vis expansiva della rappresentanza. Forme di governo, vocazione presidenziale, resistenze costituzionali*, Giappichelli, Torino 2019; L. MEZZETTI, *Corrosione e declino della democrazia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 421 ss. e, nella stessa *Rivista*, S. SICARDI, *La rappresentanza politica ai tempi dell'avatar. Scenari tormentati e future incognite*, 721 ss.

<sup>6</sup> Di particolare interesse al riguardo l'analisi svolta in relazione alla Spagna da R. BUSTOS, nella sua relaz. alle XII Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale, cit.

<sup>7</sup> In tema, con varietà di accenti ed argomenti, M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari 2010; B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Il Mulino, Bologna 2011, e, ora, C. SERENI LUCARELLI, *La regolazione del lobbying come forma di prevenzione alla corruzione: il potenziale ruolo dell'ANAC*, in *Ist. fed.*, 3-4/2018, fasc. dedicato a *Il cantiere delle lobbies*, 605 ss.

<sup>8</sup> ... nella sua relaz., già richiamata.

<sup>9</sup> Sarebbe, nondimeno, da approfondire in uno studio a ciò specificamente dedicato il rapporto complesso che s'intrattiene tra le situazioni di emergenza e i fatti di corruzione; e, poiché le prime vanno sempre di più presentando carattere endemico, in contraddizione con il loro essere eccezionali e transeunti, se ne ha che la normativa, caotica ed improvvisata, adottata per farvi fronte porta naturalmente all'esito d'innalzare ulteriormente e sensibilmente il livello della corruzione, la quale poi, per la sua parte, concorre in considerevole misura a determinare le situazioni di emergenza (si pensi, ad es., solo alle alluvioni, ai crolli di ponti mal fatti e ad altre emergenze ancora sono appunto da imputare a fatti di corruzione, oltre che ad inerzia ed a complessive carenze del legislatore e di amministratori).

<sup>10</sup> *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 240 ss.

Purtroppo, molti segni si hanno, specie nel tempo presente, di una produzione normativa vistosamente deviante dal solco costituzionale; e basti solo a darne conferma la disciplina da noi di recente adottata con riferimento al fenomeno migratorio, frontalmente contraria al valore di solidarietà (ed a molti altri valori ancora)<sup>11</sup>.

Il nodo della questione si annida al fondo del c.d. “sistema” dei partiti, termine che seguito qui pure ad adoperare unicamente per la sua immediata capacità evocativa di senso e, dunque, per non discostarmi da una certa tradizione teorica che ne ha diffuso l’uso ma che a me pare impropriamente utilizzato con riguardo all’esperienza di molti Paesi, tra i quali il mio, dal momento che in esso è racchiusa un’idea di stabilità e di interna armonia di cui non si ha purtroppo alcun riscontro.

In altri luoghi di riflessione scientifica mi sono dichiarato dell’avviso che tra le regole della politica e le regole di diritto si dà un rapporto di mutuo condizionamento e di complementarità, le une essendo chiamate a dare sostegno alle altre così come da queste a riceverlo<sup>12</sup>. Un’autoriforma della politica, volta alla complessiva rigenerazione e rifondazione della stessa, può, dunque, ricevere incoraggiamento ed orientamento da buone regole legislative<sup>13</sup>, così come queste ultime possono avere dalle prime la spinta per la loro venuta alla luce. È tuttavia vero anche l’inverso; e difetti strutturali riscontrati sia nei singoli partiti che nel “sistema” dagli stessi composto<sup>14</sup> si riproducono inevitabilmente – come si diceva – anche nelle sedi istituzionali preposte alla produzione giuridica e nelle sedi istituzionali in genere.

Gli studiosi hanno da tempo dato ampie illustrazioni di alcune degenerazioni di cui si è avuto riscontro in seno all’amministrazione ed alla giurisdizione<sup>15</sup>.

Il punto è però che con le sanzioni disciplinari (anche le più gravi, quale l’estromissione dai ruoli) o con le stesse sanzioni penali si possono colpire solo alcune manifestazioni del fenomeno ma non sradicare lo stesso dal terreno sul quale è saldamente impiantato. La scienza penalistica, col supporto di indagini sociologiche (e di altro genere), ha da tempo fornito innumerevoli e

---

<sup>11</sup> Mi riferisco, in particolare, ai c.d. decreti *Salvini* e *Salvini-bis*, nn. 113 del 2018, conv. in legge n. 132 del 2018, e 53 del 2019, conv. in legge n. 77 del 2019. Sul primo, molto importante è [Corte cost. nn. 194 e 195 del 2019](#) [e, su di esse, le note di G. CONTI, *Troppo presto per giudicare... ma con qualche premessa interpretativa generale. I ricorsi in via principale di cinque Regioni contro il c.d. “decreto sicurezza e immigrazione” (Nota alla sentenza 194 del 2019 della Corte Costituzionale)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 9 agosto 2019, e C. PADULA, [Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2019/II](#), 377.

<sup>12</sup> Così, da ultimo, nel mio *Le convenzioni costituzionali: regole della politica in via di estinzione?*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli 14-15 giugno 2019, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2019, 19 giugno 2019, 73 ss.

<sup>13</sup> ... a partire da quelle concernenti la disciplina elettorale, cui ha fatto riferimento per il nostro Paese G. TARLI BARBIERI, relaz. cit., denunciando il concorso che essa ha dato (e dà), a motivo delle non poche e gravi carenze esibite, al proliferare della corruzione.

<sup>14</sup> Riferimenti, nella ormai incontenibile lett., di recente in M.R. MAGNOTTA, *Costituzione e diritto vivente dei partiti politici*, in [Nomos](#), 2/2019, e nei contributi che sono nel fasc. 2/2019 della [Rivista del Gruppo di Pisa](#), part. in quelli di N. PIGNATELLI, *La giustiziabilità degli atti dei partiti politici tra autonomia privata ed effettività della tutela giurisdizionale: un modello costituzionale*, 84 ss.; G. GRASSO, *Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico*, 134 ss.; A. SAITTA, *Partiti politici e dinamiche della forma di governo. I partiti politici*, 167 ss., ed E. RINALDI, *Partiti politici, gruppi parlamentari e art. 67 della Costituzione*, 177 ss.

<sup>15</sup> Richiamo qui solo due scritti monografici di recente da noi apparsi, rispettivamente, quanto alla prima, di F. PINTO, *Il mito della corruzione. La realtà della malamministrazione*, Aracne, Roma 2018, e, per la seconda, di F. BELLAGAMBA, *La corruzione in atti giudiziari nella teoria generale del reato*, Giappichelli, Torino 2017, e di E. LA ROSA, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Giappichelli, Torino 2018; ulteriori riferimenti possono poi aversi da S. MANACORDA, “Noli me tangere”? *Un bilancio degli esiti applicativi nel contrasto alla corruzione internazionale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4/2018, 528 ss.; G. MINNITI, *Il nuovo delitto di corruzione tra privati*, in *Immobili & proprietà*, 3/2018, 151 ss.; M. MANTOVANI, *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione*, in *Dir. pen. e proc.*, 5/2019, 608 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico*<sup>4</sup>, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019, 149 ss.; F. CINGARI, *Sull’ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in [La legislazione penale](#), 1° agosto 2019. Con riferimento alle esperienze maturate in Germania ed Austria, v. M. HELFER, *La lotta alla corruzione: riflessioni dall’esperienza germanica ed austriaca*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4/2018, 481 ss.

documentate prove del fatto che sarebbe illusorio pensare di debellare o, quanto meno, arginare taluni fatti criminosi unicamente inasprendo le pene stabilite per chi li commette.

Il vero è che ci sono reati, quali gli omicidi o le lesioni personali, avvertiti dalla coscienza sociale come meritevoli di essere combattuti; altri, di contro, come la microevasione fiscale e gli stessi furti di beni di modico valore o di prima necessità, largamente diffusi specie tra coloro che, solo compiendoli, ritengono di poter sopravvivere<sup>16</sup>: reati, insomma, questi ultimi, visti come espressivi di un anomalo (e, ovviamente, inaccettabile) “diritto di resistenza” individuale o collettivo avverso le ingiustizie radicate nel corpo sociale e, allo stesso tempo, di protesta nei riguardi dei governanti che, al di là del colore della casacca politica, nulla o poco hanno fatto per dare ristoro a persone afflitte dal bisogno<sup>17</sup>. E ci sono, poi, i reati, come appunto la corruzione, che hanno plurime cause da cui senza sosta si alimentano, convergenti nondimeno nell'intento di dar vita ad effetti ripudiati dai principi di eguaglianza, di buon andamento e d'imparzialità della pubblica amministrazione (anche nella sua peculiare espressione, quale amministrazione della giustizia), di fisiologico svolgimento della concorrenza (con specifico riguardo alle attività imprenditoriali)<sup>18</sup> e, a conti fatti, dell'intera tavola dei valori costituzionali nel loro fare “sistema”.

Al fondo, la corruzione, per quanto, contenuta in una certa misura, possa considerarsi inevitabile in un ordinamento democratico<sup>19</sup>, reca comunque un *vulnus* profondo, non rimarginabile, al dovere di fedeltà alla Repubblica, nel suo fare tutt'uno con il dovere di solidarietà, nelle sue plurime manifestazioni riassunte nella mirabile formula di cui all'art. 2 della Costituzione italiana<sup>20</sup>.

## 2. Alcuni equivoci ricorrenti in ordine al “buon governo” e la problematica ricerca dei possibili rimedi ai guasti causati dalla corruzione

Se le cose stanno come qui sono viste e, con fin troppa approssimazione, rappresentate, se ne ha che, al pari di altri fenomeni criminosi endemici, quale la mafia<sup>21</sup>, la risposta della legge penale – è

<sup>16</sup> Qui – come si vede – il discorso si lega all'altro tema, poc'anzi accennato, della iniqua distribuzione della ricchezza, al quale nondimeno ora non posso prestare alcuna attenzione.

<sup>17</sup> Sul diritto di resistenza, di recente e per tutti, V. BALDINI, *La disobbedienza civile come forma (illegittima?) di resistenza contro la legge ingiusta... La condotta individuale di opposizione tra imperativo etico ed (auto)tutela costituzionale*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 1/2019, 25 febbraio 2019.

<sup>18</sup> Su di che, nella ormai incontentibile lett., riferimenti, di recente, in AA.VV., *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, a cura di M. Ainis e G. Pitruzzella, Laterza, Roma-Bari 2019 e, per i profili penalistici, ancora E. LA ROSA, *op. cit.*, 427 ss. Utili indicazioni possono, inoltre, aversi dal *Report on Competition Policy 2018* della Commissione europea del 15 luglio 2019, e dal relativo *Staff Working Document*.

<sup>19</sup> È stato atto notare da un'accreditata dottrina che “in qualche modo – per ragioni strutturali e intrinseche al mercato politico – un certo tasso di ‘corruzione’ è fisiologico al sistema democratico, che sancisce lo scambio dei voti dei governati con i provvedimenti, essenzialmente legislativi, dei governanti” [A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, V, Napoli 2009, 2007 ss., nonché in [Forum di Quaderni Costituzionali](http://Forum di Quaderni Costituzionali), ottobre 2009, § 7; il concetto è dall'a. ribadito in *Su alcuni rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in [Rivista AIC](http://Rivista AIC), 1/2017, 26 gennaio 2017, § 2.4]. C'è da dire, nondimeno, che negli ordinamenti in cui si sono avute o si hanno forme di Stato diverse dalla liberal-democrazia il tasso di corruzione di certo non era (e non è) minore di quello proprio di quest'ultima.

<sup>20</sup> Sul primo dovere, dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, v., part., A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013, e, ora, G.M. SALERNO, *La fedeltà alla Repubblica: alla ricerca dei caratteri essenziali*, in *Dir. cost.*, 2/2019, 85 ss., e G. TARLI BARBIERI, *relaz.*, cit.; sul secondo, riferimenti in G. BASCHERINI, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 245 ss., nonché nel mio *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Dir., imm., citt.*, 2/2019, 1 luglio 2019, cui *adde*, ora, J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Solidariedad, deberes y Constitución: algunos apuntes conceptuales*, in *Dir. cost.*, 2/2019, 11 ss., e, con specifica attenzione ai bisogni delle generazioni future, A. SAITTA, *Dal bilancio quale “bene pubblico” alla “responsabilità costituzionale democratica” e “intergenerazionale”*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 216 ss., spec. 223 ss.

<sup>21</sup> In tema, di recente, con specifica attenzione ai profili civilistici ma con feconde incursioni anche in altri ambiti disciplinari, A. MARCHESE, *Soggetto e oggetto nel “diritto civile antimafia”*, Giuffrè, Milano 2017.

ormai provato – non può considerarsi di certo risolutiva<sup>22</sup>, men che mai la sola idonea a debellare quest'autentico flagello sociale<sup>23</sup>.

Il rimedio, invece, ha da essere in primo luogo culturale; come tale, occorre produrre un sforzo congiunto al quale sono chiamate a dare il loro apporto, in primo luogo, le formazioni sociali primigenie, a partire dalla famiglia e dalle confessioni religiose, e, quindi, soprattutto la scuola, da cui ci si attende un'opera capillare ed insistita di formazione culturale costituzionalmente orientata.

A questo compito non possono, com'è chiaro, sottrarsi gli stessi partiti, al cui interno pure alligna e si diffonde il fenomeno della corruzione; e non possono sottrarsi le sedi istituzionali in cui essa proietta la sua luce sinistra. Le sanzioni possono (e devono essere) radicali; e si tratta di vedere se possa al riguardo considerarsi sufficiente, in aggiunta alla pena detentiva, la interdizione perpetua dai pubblici uffici per coloro che siano stati condannati con sentenza passata in giudicato per corruzione.

Il punto – come si diceva – è però stabilire se si diano le condizioni di sistema, nel corpo sociale prima ancora che al livello di apparato, perché si assista finalmente ad una svolta nei riguardi del *trend* ormai affermatosi.

Non dispongo di elementi di conoscenza che possano attenuare il pessimismo che traspare da questa mia succinta riflessione. I dati di cui disponiamo parrebbero, per vero, non indurre ad un pur cauto ottimismo. Non poco può al riguardo fare, per ciò che concerne il piano delle regole, una disciplina normativa incisiva (e, anzi, aggressiva) posta in essere in ambito internazionale e sovranazionale. Le iniziative – com'è noto – non sono mancate<sup>24</sup>; si è tuttavia trattato, a mio modo di vedere, di misure complessivamente inadeguate allo scopo, alla gravità e diffusione del fenomeno<sup>25</sup>; e se n'è avuta conferma anche dagli studi i cui esiti ci sono stati rappresentati nel corso delle XII Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale<sup>26</sup>. Il vero è che i governanti, a partire dal legislatore, vanno messi con le spalle al muro, vanno cioè obbligati ad adottare misure idonee a dare attuazione ad impegni assunti in ambito internazionale e sovranazionale e conducenti allo scopo di colpire al cuore il fenomeno in parola. Di contro, se i vincoli discendenti dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea dovessero essere lassi, non vi sono molte speranze di un'autentica inversione di tendenza. Così, dovrebbe affermarsi l'idea secondo cui la corruzione in campo economico sia da considerare *per tabulas* lesiva della libertà di concorrenza, allo stesso

---

<sup>22</sup> ... come, peraltro, non lo è stata (e non lo è) la legislazione adottata in ambito extrapenale, quale quella relativa alla disciplina dell'accesso ed all'informazione pubblica, nella parte in cui si presta alla lotta alla corruzione, di cui si è discusso durante i lavori della seconda sessione delle XII Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale, cit., disciplina essa pure complessivamente carente (v., in particolare, con riguardo all'Italia il quadro con puntuali argomenti illustrato da P. MILAZZO, relaz. cit.).

<sup>23</sup> Di un autentico “furore punitivo” del legislatore ha efficacemente discusso G. TARLI BARBIERI, relaz. cit.

<sup>24</sup> Possono vedersi illustrate negli scritti dietro richiamati, cui *adde*, ora, le novità introdotte dalla legge n. 3 del 2019 (e, in dottrina, tra gli altri, v. D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 26 marzo 2019, e, pure *ivi*, V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, 27 maggio 2019, e R. CANTONE - A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, 3 giugno 2019; F. CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, cit.; G. TARLI BARBIERI, relaz., cit.).

Usualmente, in letteratura si tende ad intravedere uno stretto collegamento tra il fenomeno del lobbismo e quello della corruzione; invita, ora, a tenerli distinti R. DE CARIA, *Regole sul lobbying e regole sulla corruzione: le ragioni economico-giuridiche di un (auspicato) divorzio*, in [Federalismi.it](#), 12/2019, 19 giugno 2019, del quale v., già, “*Le mani sulla legge*”. *Il lobbying tra free speech e democrazia*, Ledizioni, Milano 2017.

<sup>25</sup> V., al riguardo, le indicazioni risultanti dal IV *Compliance Report* sull'Italia del *Group of States against Corruption* (GRECO), e su di esso M. CROCE, *Prevenzione e contrasto della corruzione: il Quarto Compliance Report del GRECO sull'Italia*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 12 febbraio 2019, e, ora, G. TARLI BARBIERI e R. BUSTOS GISBERT, relaz., cit. Infine, OECD, *Guidelines on Anti-corruption and Integrity in State-Owned Enterprises*, all'indirizzo telematico [www.oecd.org/corporate](http://www.oecd.org/corporate).

<sup>26</sup> XII Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale, cit. part., nelle relazioni di R. BUSTOS GISBERT e A. COPETTI NETO, ma anche in quelle illustrate nel corso delle sessioni precedenti, tra le quali, con specifico riguardo alla legislazione spagnola sul “buon governo”, quella di G. RUIZ-RICO.



tempo chiamando lo Stato a rispondere ove non si sia prontamente attivato per reprimere e sanzionare il fatto corruttivo.

Merita, inoltre, di essere ripresa la proposta, anni addietro affacciata da una sensibile dottrina<sup>27</sup>, a cui favore mi sono già altrove dichiarato, e volta a riconoscere il diritto al risarcimento del danno a beneficio di coloro che dimostrino di essere stati lesi in un loro diritto fondamentale da omissioni assolute del legislatore, sempre che sia provato che la lesione sia appunto la conseguenza *diretta, immediata e necessaria* della omissione stessa.

Qui, il discorso si lega a filo doppio a quello relativo al c.d. “buon governo” su cui pure siamo stati sollecitati a fermare l’attenzione da chi ha organizzato il nostro incontro di oggi.

Anche la formula suddetta, al pari di quella della “qualità” della normazione, richiede un preliminare chiarimento in ordine alla prospettiva da cui può essere riguardata, ovverosia al piano d’indagine che ne consenta l’adeguata emersione e messa a fuoco.

Dispongo di una sola certezza al riguardo; ed è che non può dirsi “buono” un Governo (e la maggioranza politica che lo esprime e sostiene) solo in base alla sua durata, ad es. per il fatto che la legislatura ha il suo normale decorso e non ci si trova dunque costretti alla sua anticipata chiusura. Per quanto possa sembrare ardita l’affermazione che sto per fare, “buono” non è neppure un Governo (ed una maggioranza) che goda quindi del premio degli elettori al momento del rinnovo delle Camere. Nessuno, ovviamente, contesta che in democrazia la quantità ha il suo innegabile rilievo, testimoniato dalla tecnica del voto a maggioranza che, per imperfetta che sia per plurime ragioni, costituisce nondimeno – come si sa – il modo migliore fin qui sperimentato per dar voce al valore democratico in alcune delle sue più salienti espressioni.

La prospettiva costituzionale tiene, dunque, conto della legittimazione di cui gode il Governo (e la maggioranza) – come suol dirsi – *dal basso* ma richiede costantemente che essa sia integrata dalla legittimazione *dall’alto* ed alla luce di questa costantemente sottoposta a verifica. “Buono” non è un Governo dilaniato da lotte intestine, che si limita a “galleggiare” per un tempo anche lungo unicamente perché le condizioni di contesto non consentono la sua sostituzione con altro all’altezza del compito; “buono” è, invece, un Governo che... *governi*<sup>28</sup>, dimostrandosi pertanto idoneo ad appagare – perlomeno, in una misura complessivamente apprezzabile – i bisogni più largamente ed intensamente avvertiti in seno alla comunità, senza alcuna indebita commistione tra pubblico e privato<sup>29</sup>, e ad appagarli – è superfluo dover qui rammentare – nel verso tracciato dalla Carta costituzionale. Nulla, dunque, esclude che un Governo possa durare poco (ad es., perché formatosi nell’ultimo scorcio della legislatura) e tuttavia si dimostri “buono”, così come pessimo potrebbe rivelarsi uno che duri anni; e nulla esclude che politici corrotti possano per decenni avere un seggio in Parlamento ed occupare posti di primo piano in ambito politico.

Se il punto di vista giusto è quello della Costituzione, la lotta alla corruzione, al pari di quella contro i grandi mali in genere della società, diventa un banco di prova attendibile per la verifica delle capacità di governo degli organi della direzione politica e di coloro che sono chiamati a farvi parte.

Così come la “qualità” della legislazione si apprezza per il modo con cui essa riesce a dare un senso effettivo, concreto, ai fini-valori costituzionali, allo stesso modo si manifesta e misura anche la “qualità”, assiologicamente intesa, del Governo (e della maggioranza); e, d’altronde, come si

---

<sup>27</sup> R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”*: in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D’Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 87 ss.

<sup>28</sup> Sulla varietà dei significati del termine a seconda dei contesti politico-istituzionali in cui si faccia luogo alla sua qualificazione si è intrattenuto, nel corso delle XII Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale, cit., part. A. COPETTI NETO.

<sup>29</sup> Torna qui a riproporsi imperiosa l’annosa ed irrisolta questione relativa alla regolamentazione legislativa dei conflitti d’interesse, i quali poi si pongono, a un tempo, quale causa ed effetto di corruzione, con un moto che si ricarica da sé senza sosta.

diceva, la prima è la proiezione immediata e diretta della seconda e si rende perciò visibile unicamente ove quest'ultima si abbia, almeno in un certo grado.

Altro non posso qui dire, dal momento che il giudizio sulla "qualità" delle leggi e di chi le ha fatte (e le fa) coinvolge fatalmente l'orientamento politico di chi lo formula, portandosi perciò oltre la soglia entro la quale invece deve stare ogni valutazione di stretto diritto costituzionale.

Disponiamo tuttavia di alcuni dati inquietanti.

Quanto alle leggi, una speciale considerazione va riservata al numero di quelle caducate dal tribunale costituzionale, cui sono poi da aggiungere i casi in cui le stesse sono mandate "assolte" ma accompagnate da pesanti rilievi riguardanti alcune loro carenze e la complessiva conformità a Costituzione (leggi, come si sa, non di rado tenute in vigore unicamente per ragioni di contesto, quali quelle che fanno capo alla crisi economica, alla sicurezza e ad altre emergenze<sup>30</sup>).

Quanto, poi, alla "qualità" dei governanti, è sufficiente anche solo un'approssimativa osservazione di ciò che s'è fatto e, soprattutto, di ciò che non s'è fatto per rimuovere gli strutturali difetti racchiusi nel corpo sociale e nell'ordinamento per toccare con mano quanta lunga sia la distanza che separa la realtà dal disegno costituzionale. Quest'ultimo racchiude (o, dobbiamo ormai dire, racchiudeva?) un modello ideale di società composta da uomini laboriosi e partecipi della cosa pubblica (nell'art. 1 della Costituzione italiana, cui faccio qui riferimento in quanto a me familiare, troviamo mirabilmente espressi ed inscindibilmente legati il principio lavorista e quello democratico), uomini dotati di diritti fondamentali e gravati di doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, eguali (*effettivamente* eguali: principio di eguaglianza, nella sua duplice articolazione, formale e sostanziale): una società, cioè, in cui le minoranze di ogni specie siano comunque salvaguardate e riconosciute idonee a farsi valere e in cui le differenze di qualsiasi natura (in base al sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche, le condizioni personali e sociali) non soltanto non siano viste quali espressive di un disvalore ma, all'inverso, costituiscano una risorsa preziosa alla quale attingere per la crescita materiale e spirituale della società stessa.

Non è da dubitare del fatto che si tratti appunto di un "modello", di una meta verso la quale tendere con la consapevolezza tuttavia della impossibilità di raggiungerla a pieno. Sono poi convinto che nei decenni trascorsi dalla fine della seconda grande guerra e dalla caduta del regime autoritario (da noi assai prima della Spagna) si siano fatti considerevoli passi in avanti lungo la via della implementazione dei diritti fondamentali<sup>31</sup>. Basti solo pensare appunto ai nuovi diritti venuti ad emersione e che ancora al presente premono per essere come si conviene protetti.

Allo stesso tempo, però, si è assistito (e si assiste) ad un vistoso sfilacciamento del tessuto sociale, di cui rendono eloquente testimonianza la emersione di un populismo dilagante ed il rigurgito preoccupante di un nazionalismo becero ed insensato, condannato dalla storia e tuttavia tornato a rifiorire in forme inusuali ed allarmanti: un tessuto, insomma, lacerato ed afflitto da gravi contraddizioni e complessive carenze, ad oggi bisognose di essere superate le une e colmate le altre.

In questo quadro, qui sommariamente descritto, il diffondersi della corruzione costituisce un autentico macigno lungo la via che conduce alla meta, sopra indicata, di una pur parziale realizzazione del disegno costituzionale.

---

<sup>30</sup> Con i dovuti adattamenti possono altresì richiamarsi i casi, ormai – come si sa – non infrequenti, di leggi la cui promulgazione è stata (ed è) accompagnata da esternazioni presidenziali anche fortemente critiche (con riferimento ad una vicenda che ha molto fatto discutere, in ordine alla disciplina della legittima difesa, v., di recente, v. A. MORELLI, *La promulgazione "abrogante" della legge sulla legittima difesa e la fiducia del Presidente*, in [La Costituzione.info](#), 28 aprile 2019; C. MELZI D'ERIL - G.E. VIGEVANI, *Legittima difesa, la lettera di Mattarella segna una svolta*, in [Il Sole.24 ore](#), 29 aprile 2019; S. PRISCO, *Promulgazione presidenziale con indicazioni per l'interpretazione: segni dell'evoluzione delle garanzie costituzionali*, in [La Costituzione.info](#), 30 aprile 2019; L. GATTA, *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni su profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 6 maggio 2019; M. FERRARA, *La promulgazione "presidenzialmente osservata" della novella sulla legittima difesa e l'inattualità del potere di rinvio alle camere*, in [Osservatorio AIC](#), 3/2019, 4 giugno 2019, 43 ss.).

<sup>31</sup> Faccio riferimento soprattutto a questi ultimi, nel cui riconoscimento è da vedere l'essenza di una Costituzione d'ispirazione liberale, secondo l'aureo insegnamento tramandatici dai rivoluzionari francesi e mirabilmente espresso nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Di più non posso ora dire, non spettando a me ragionare circa i possibili rimedi adottabili al fine di porre almeno un argine al fenomeno qui fatto oggetto di esame. Chiudo rinnovando l'auspicio che chi può (e deve) attivarsi in tal senso tragga profitto dal confronto svoltosi in occasione delle XII Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale, sentendosi dunque incoraggiato a passare finalmente dalle parole ai fatti.

Lara Trucco

## Antonio Ruggeri e la tensione inappagabile verso la Corte e le Carte\*

SOMMARIO: 1. Antonio Ruggeri notista assiduo su *Consulta OnLine*: alcuni dati statistici. – 2. Una prospettiva peculiare: la Corte costituzionale e la dimensione politica. – 3. Segue. ...e di tecnica decisoria. – 4. Tra Carte e Corti: *quid iuris*?

### 1. Antonio Ruggeri notista assiduo su [Consulta OnLine](#): alcuni dati statistici.

Non pare possibile, almeno a chi scrive, non rimarcare l'apporto ed il supporto di Antonio Ruggeri a questa [Rivista](#), almeno a far data dal duemila e poi viepiù stabilmente dal duemiladieci (da cui più precisamente prende avvio la nostra analisi)<sup>1</sup>.

---

\* Il lavoro, destinato agli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, è stato pensato congiuntamente a quello di Vincenzo Sciarabba, [La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale](#), in ragione del comune sentimento di affettuosa stima nei Suoi confronti. Si è scelto pertanto di concentrare l'attenzione su temi del Nostro che si sono ritenuti particolarmente significativi, prendendo spunto, in questo contributo, dagli innumerevoli studi pubblicati in questa [Rivista](#) ed indagando, nell'altro, sull'uso della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte del nostro Giudice costituzionale. Dove, in entrambi, la cifra caratterizzante è un dialogo sempre aperto e continuo col Giudice delle leggi.

<sup>1</sup> È agevole immaginare che allorquando il lavoro verrà pubblicato negli *Scritti in onore* nella sua forma cartacea, la soglia delle cento pubblicazioni sarà stata varcata ed il traguardo dei dieci milioni di caratteri ampiamente superato, raggiungendosi una meta destinata. Di seguito una sorta di sommario tratto dalla Sezione [Studi](#) della [Rivista](#):

- 2002: [La Corte e lo ius superveniens costituzionale \(a proposito della riforma del titolo V e dei suoi effetti sui giudizi pendenti\)](#), [Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali](#); [Forma e sostanza dell'“adeguamento” degli statuti speciali alla riforma costituzionale del titolo V \(notazioni preliminari di ordine metodico-ricostruttivo\)](#); [Ancora in tema di ius superveniens costituzionale e del suo \(mancato\) rilievo nei giudizi in via principale \(Nota alla sentenza della Corte costituzionale n. 422 del 2002\)](#);

- 2003: [Riforma del titolo V e “potere estero” delle Regioni \(notazioni di ordine metodico-ricostruttivo\)](#); [Potestà legislativa primaria e potestà “residuale” a confronto \(nota minima a Corte cost. n. 48 del 2003\)](#);

- 2006: [Presentazione del Seminario del Gruppo di Pisa “Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi”](#);

- 2010: [La Corte costituzionale davanti alla politica \(nota minima su una questione controversa, rivista attraverso taluni frammenti della giurisprudenza in tema di fonti\)](#);

- 2011: [Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali](#); [Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio](#); [La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU](#); [Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? \(Nota minima su una questione controversa\)](#); [Summum ius summa iniuria, overosia quando l'autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali \(a margine di Corte cost. n. 325 del 2011\)](#);

- 2012: [Davvero inammissibili i referendum elettorali per la \(supposta\) impossibilità di “reviviscenza” della normativa previgente rispetto a quella oggetto di abrogazione popolare? \(A prima lettura di corte cost. n. 13 del 2012\)](#); [Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio](#); [“Giallo” alla Consulta: l'“intesa” tra il Presidente e il giudice relatore in pubblica udienza \(nota minima a Corte cost. n. 55 del 2012\)](#); [Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”](#); [La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di \(non\) applicazione diretta della Convenzione \(a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012\)](#); [La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata \(a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita\)](#); [Una inammissibilità accertata ma non dichiarata, overosia l'errore processuale scusabile della parte, in quanto indotto dallo stesso... giudice \(a prima lettura di Corte cost. n. 142 del 2012\)](#); [La Corte costituzionale, la “logica” del caso e la motivazione insufficiente \(dialogando con alcuni matematici sulla sent. n. 310 del 2010\)](#); [Crisi economica e crisi della Costituzione](#); [Penelope alla Consulta: tesse e](#)

sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012); Il Governo Monti e la riscrittura del Titolo V: "controriforma" o manovra gattopardesca?; Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum; Sistema di fonti o sistema di norme? Le altalenanti risposte della giurisprudenza costituzionale; La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012);

- 2013: L'"intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"; La singolare trovata del Presidente Napolitano per uscire dalla crisi di governo (a proposito della istituzione di due gruppi di esperti col compito di formulare "proposte programmatiche"); CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"; Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà "seguito" a Corte EDU Costa e Pavan); A proposito dell'ordine giusto col quale vanno esaminate le questioni di costituzionalità e le questioni di "comunitarietà" congiuntamente proposte in via d'azione (a prima lettura di Corte cost. n. 245 del 2013); Riforma costituzionale ed autonomia regionale, dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali (profili problematici); Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario); La riscrittura, in un paio di punti di cruciale rilievo, della disciplina elettorale da parte dei giudici costituzionali e il suo probabile "seguito" (a margine del comunicato emesso dalla Consulta a riguardo della dichiarazione d'incostituzionalità della legge n. 270 del 2005); Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali;

- 2014: Colpi di maglio della Consulta sul meccanismo di controllo delle leggi siciliane ("a prima lettura" di Corte cost. n. 114 del 2014); Novità in tema di (in)sindacabilità dei regolamenti parlamentari, in una pronuncia-ponte della Consulta (a margine di Corte cost. n. 120 del 2014); Gli "effetti politici" delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi; Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014); Note minime a margine di un disegno di legge relativo alla forma di governo della Regione siciliana; Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU; Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana; La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014); Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive;

- 2015: Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015); Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a Corte cost. n. 56 del 2015); I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali; Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili "seguiti" della 238 del 2014?; Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?; Il diritto regionale, una disciplina "in declino"?; Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" (notazioni di metodo); Attività di garanzia e attività d'indirizzo politico, a salvaguardia dei diritti fondamentali; Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?; Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali.

- 2016: Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione; Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate? (Nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016); Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela; Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione; Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa; Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica; "Itinerari" di Antonio Ruggeri per Consulta Online;

- 2017: Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017); «Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio»: riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone; Per un nuovo Statuto della Regione siciliana; La questione del Kirpan quale banco di prova del possibile incontro (e non dell'inevitabile scontro) tra le culture, nella cornice del pluralismo costituzionale (a margine di Cass., I sez. pen., n. 24084 del 2017); I diritti fondamentali degli immigrati e dei migranti, tra la linearità del modello costituzionale e le oscillazioni dell'esperienza; Integrazione europea e autonomia degli enti territoriali: simul stabunt vel simul cadent; Il

Per quanto riguarda i temi toccati, risulta estremamente difficile rinvenire una qualche lacuna, spaziando, i Suoi interventi, in ogni dove, secondo un ritmo non solo incalzante, ma, altresì, affatto puntuale, per non dire “in tempo reale” (è avvenuto che la pubblicazione apparisse lo stesso giorno del presentarsi dell’oggetto della relativa riflessione...)<sup>2</sup>.

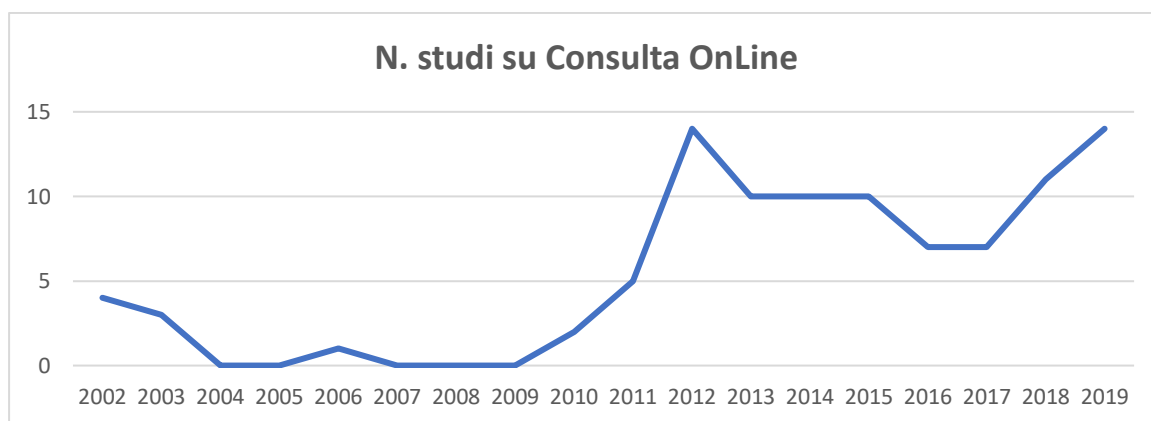
Ad ogni modo, a fini puramente statistici e pure con la nota difficoltà di distinguere in modo definito i confini dei vari ambiti materiali, si rileva come i settori in assoluto maggiormente esplorati

[principio di solidarietà alla prova del fenomeno migratorio; L’indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale;](#)

- 2018: [Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 \(a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob\); Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?; La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\); Per un nuovo statuto del Trentino-Alto Adige \(chiose a margine di due documenti preparatori della riscrittura dell’atto\); Taricco, amaro finale di partita; Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, fra tradizione e innovazione; Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile; Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... \(a margine di un comunicato sul caso Cappato\); Venuto alla luce alla Consulta l’ircocervo costituzionale \(a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato\); “Forma di governo” e “sistema dei partiti”: due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?; Nota minima a riguardo di una proceduralizzazione anomala dell’intervento del terzo nei giudizi di costituzionalità;](#)

- 2019: [Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio; Il parlamentare e il suo riconoscimento quale “potere dello Stato” solo... virtuale o in astratto \(nota minima a Corte cost. n. 17 del 2019\); Frintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda \(a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018\); La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro \(a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019\); I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l’oscillazione del pendolo; Prefazione a Roberto Conti \(postfazione di Maria Gabriella Luccioli\), “Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana?; Costituzione e formazioni sociali: modello ed esperienze a confronto \(note minime, introduttive ad un dibattito\); Appunti per uno studio su memoria e Costituzione; La crisi del I Governo Conte e la rivincita della democrazia rappresentativa sulla pseudo-democrazia diretta delle piazze e del web; Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di “costituzionalità-eurounarietà”.](#)

Dal duemiladieci, dunque, la media degli studi pubblicati risulta pari all’incirca a nove all’anno, e, cioè, uno al mese (festività escluse); se, poi, sempre a mo’ di curiosità, si tiene conto del fatto che alla fine del duemilasedici è stato pubblicato il Suo cinquantesimo contributo, ciò che se ne conclude è che dal duemiladiciassette la media dei lavori pubblicati risulta superiore all’unità mensile (v. grafico che segue).



<sup>2</sup> Si veda, ad esempio e da ultimo, il lavoro, uscito il giorno stesso del giuramento dei ministri davanti al Presidente della Repubblica (ID., [La crisi del Governo Conte e la rivincita della democrazia rappresentativa sulla pseudo-democrazia diretta delle piazze e del web](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/III](#), 3 settembre 2019).

siano quelli relativi al “diritto costituzionale eurounitario” ed ai “diritti individuali”<sup>3</sup>: il che è quanto dire la “tutela multilivello dei diritti fondamentali”<sup>4</sup>.

## 2. Una prospettiva peculiare: la Corte costituzionale e la dimensione politica.

Nel saggio [“La Corte costituzionale davanti alla politica”](#), Antonio Ruggeri pone il seguente “annoso” interrogativo: «Si può “pesare” l’incidenza della giurisprudenza costituzionale sulla politica e quella della politica sulla giurisprudenza?»<sup>5</sup>.

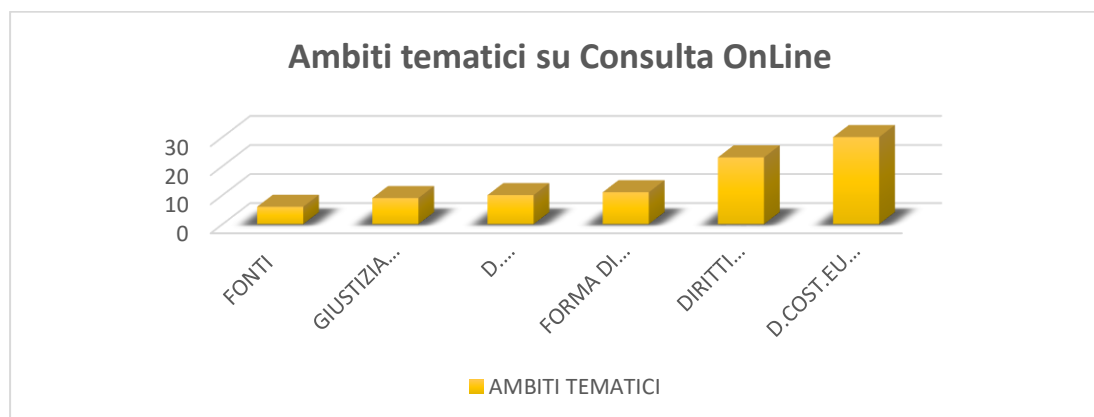
Quale che possa essere la risposta al preciso quesito, è più in generale certo che la Corte non rimarrebbe insensibile, secondo il Nostro, «al canto ammaliante delle sirene della politica». Di qui, dunque, la sua disamina di taluni «frammenti’ di giurisprudenza» particolarmente sintomatici: le pronunce relative alle norme di delegazione del Governo, alla materia referendaria, nonché, soprattutto, alla «dottrina» della “evidente mancanza” dei presupposti fattuali giustificativi dell’adozione dei decreti-legge<sup>6</sup>.

Ebbene, se tali linee giurisprudenziali sono valutate «in qualche caso almeno», «in sé non disprezzabili», considerandosi, specie in prospettiva storica, l’indubbio accrescimento che ne sarebbe derivato del sindacato costituzionale sulla politica e della relativa capacità della Corte «di arginare la marea montante delle sue deviazioni dal solco costituzionale», ciò che viene invece ritenuta problematica è la tendenza da parte del medesimo giudice a condurre una «politica costituzionale» volta «prevalentemente» all’obiettivo «di difendere a tutti i costi la... politica stessa», anche quando essa «appaia oggettivamente non difendibile».

Pertanto, criticabile e criticata dal Nostro non è l’attitudine della giurisprudenza costituzionale a rapportarsi con la politica, bensì la scelta, della Corte, di non far “sentire abbastanza il fiato sul collo del Governo”, perché così facendo finirebbe per consentire alla subordinazione della propria politica giurisprudenziale, ed in fondo della stessa “custodia” della Carta, alla politica *tout court*.

È quindi su tale base che vengono formulate le critiche nei confronti della «fin troppo indulgente giurisprudenza», prodiga nel favorire la preservazione delle norme di delega pure quando espressamente «considerate non consentite dal modello»; così come nei riguardi di quelle pronunce in materia referendaria di netto favore «nei riguardi della democrazia rappresentativa piuttosto che per la diretta»; nonché, soprattutto, nei confronti della «dottrina» della “evidente mancanza” dei

3



<sup>4</sup> Ciò che, peraltro, rende ragione, anche da questo punto di vista, della scelta di dedicare una specifica attenzione al tema dell’uso della Carta dei diritti fondamentali nel contributo di Vincenzo Sciarabba, *infra*.

<sup>5</sup> Cfr. A. RUGGERI, [La Corte costituzionale davanti alla politica \(nota minima su una questione controversa, rivista attraverso taluni frammenti della giurisprudenza in tema di fonti\)](#), in questa *Rivista*, *Studi*, 2010, 24 dicembre 2010.

<sup>6</sup> *Ibidem*, §2.

presupposti fattuali giustificativi dell'adozione dei decreti-legge, annoverata tra gli «elementi» più inclini ad affermare il primato della politica sulla Costituzione<sup>7</sup>.

Di qui ancora la posizione critica assunta, da ultimo, a commento della nota ordinanza in cui la Corte si è pronunciata per l'inammissibilità di un conflitto interorganico allegando proprio la non comprovata “evidenza” della violazione delle competenze dei ricorrenti<sup>8</sup>. Là dove anche in quest'occasione, pur ammettendosi il «passo avanti» compiuto dalla Corte (spec. quanto al conferimento di rilievo ad un profilo «invero non privo di significato» dello *status* dei singoli parlamentari), l'apertura del giudice costituzionale è apparsa troppo «[t]imida e cauta»...ovvero, in fin dei conti, «meramente virtuale»<sup>9</sup>.

Dati i presupposti, non sorprende, dunque, che un medesimo senso di non appagamento affiori in massimo grado dinnanzi alle decisioni di infondatezza motivate dandosi preminente rilievo a congiunture economiche “straordinarie” o di “emergenza” latamente intese e, soprattutto, nelle note di commento a vicende in cui l'attenzione della Corte nel preservare la discrezionalità del legislatore è risultata «assorbente»...vedendosi in tutto questo la riprova proprio di quella propensione della Corte a “salvaguardare la politica *tout court*”, da cui Antonio Ruggeri auspicherebbe che la Corte rifuggisse (cfr., *infra*, il §3)<sup>10</sup>.

Resta peraltro da precisare come, dallo stesso studioso, non si rinunci mai a confrontarsi con le ragioni dell'impiego di simili tecniche argomentative, rinvenendone il denominatore comune, in ultima analisi, nella preoccupazione «intensamente avvertita dalla Corte» di potersi trovare esposta alla censura di sovrapporre ad una precedente decisione politica il proprio apprezzamento, esso stesso intrinsecamente ed inevitabilmente, politico. La replica è però immediata, paventandosi il rischio che, per una sorta di contrappasso, proprio una simile cautela possa finire per far emergere «una volta di più» ed «in tutta la sua evidenza» il carattere (latamente) “politico” della giurisprudenza costituzionale<sup>11</sup>. Osservandosi come, invece, l'obiettivo potrebbe e possa essere meglio conseguito grazie all'adozione di soluzioni «meno sibilline» e più perspicue: in grado, come tali, di mantenere nell'alveo del diritto (e particolarmente della giuridicizzazione del conflitto) le scelte anche politicamente connotate, nella prospettiva squisitamente sposata dalla Corte della salvaguardia dei diritti fondamentali.

### 3. Segue. ...e di tecnica decisoria

Spostando lo sguardo dal versante sostanziale a quello processuale, ci si avvede di come la posizione di Antonio Ruggeri tenda a farsi ancora più intransigente, risultandone – si direbbe inevitabilmente – accresciuta la difficoltà di vedere placata la sua tensione nei confronti della Corte.

Peraltro, già nel saggio in precedenza richiamato, si afferma di “capire molto bene” le ragioni che consigliano alla Consulta di adottare “linee di compromesso”, sembrandosi anzi guardare

<sup>7</sup> *Ibidem*, §3.

<sup>8</sup> Ci si riferisce, nello specifico, alla decisione della Corte costituzionale [n. 17 del 2019](#). Si rammenterà come nel caso di specie, sulla base di taluni propri precedenti, nonché in ossequio al principio di autonomia delle Camere, la Corte avesse ritenuto non sufficiente, ai fini dell'ammissibilità di conflitti tra poteri dello Stato, «che il singolo parlamentare lamenti un qualunque tipo di vizio occorso durante l'iter legislativo», ritenendo invece necessario «che allegghi e comprovi una sostanziale negazione o un'evidente menomazione della funzione costituzionalmente attribuita» (§3.5).

<sup>9</sup> Cfr. A. RUGGERI, [Il parlamentare e il suo riconoscimento quale “potere dello Stato” solo... virtuale o in astratto \(nota minima a Corte cost. n. 17 del 2019\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/I](#), 71 (a commento dell'ord. n. 17 del 2019).

<sup>10</sup> Ciò che rileva in tutta la sua portata problematica nelle note di commento alla giurisprudenza costituzionale resa in materia elettorale (v., altresì, *infra*, la nota 14), il richiamo alla “discrezionalità del legislatore” viene ritenuto dal Prof. Ruggeri un «leit motiv, con insistenza persino eccessiva ripetuto» (cfr. A. RUGGERI, a commento della [sent. n. 35 del 2017: La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronuncia sull'Italicum](#), in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 25 febbraio 2017, 5).

<sup>11</sup> Cfr. A. RUGGERI, [Il parlamentare e il suo riconoscimento quale “potere dello Stato” solo... virtuale o in astratto](#), cit., 71 e 72.



favorevolmente al potenziamento della capacità di penetrazione della Corte medesima, attraverso l'arricchimento del repertorio decisionale in dotazione, in «ambiti tradizionalmente considerati di esclusivo dominio della politica»...per poi tuttavia dichiararsi la propria indisponibilità ad acconsentire all'adozione di formule inclini a mettere in «stato di stress» o «diciamo pure, sacrificare» le regole processuali<sup>12</sup>.

Una siffatta presa di posizione parrebbe motivata anche qui (v., *supra*, al §2) dalla preoccupazione di vedere la Corte messa al riparo dal rischio di uscire delegittimata da forme di sovraesposizione politica<sup>13</sup>. Là dove, però, Antonio Ruggeri, a differenza della Corte, ritiene che la soluzione “tecnica” meglio adatta allo scopo sia, pure in questo caso (v., *supra*, al §2), quella più *tranchante* – e cioè a dire: la «caducazione “secca” dei testi incompatibili con la Carta»<sup>14</sup> – in considerazione dell'attitudine delle deviazioni dai canoni processuali a condurre, nel più lungo periodo, ad esiti “intrinsecamente ed inevitabilmente” politici, con la conseguenza – giudicata “nefasta” – di consegnare «l'immagine di una Corte *Constitutioni soluta*, decisore ultimo del sistema in vece dei decisori per Costituzione»<sup>15</sup>.

Di qui, dunque, sia la critica nei confronti di una certa disinvoltura della Corte nell'impiego di nuove tecniche decisorie, sia la domanda «davanti», per l'appunto, «al ricorrere viepiù frequente di inusuali “invenzioni” processuali» («o, diciamo pure, di sensibili e crescenti scostamenti dai canoni che presiedono allo svolgimento dei giudizi»), se il fine giustifichi sempre il mezzo «pur laddove ci si trovi poi costretti a pagare il costo, che va facendosi sempre più oneroso, di un vistoso innalzamento del “tasso” di politicità dei giudizi stessi»<sup>16</sup>.

Proseguendo nell'analisi del pensiero del Nostro, le nuove tecniche decisorie, a ben vedere, non sarebbero neppure in grado di preservare spazi alla «evanescente e camaleontica» discrezionalità del legislatore<sup>17</sup>, dal momento che, col farvi ricorso, la Corte finirebbe per farsi fautrice in prima persona ed in massimo grado proprio dell'esito temuto: compiendo scelte politiche che nulla avrebbero a che vedere con lo svolgimento della propria attività decisionale. Del resto, sarebbe già la natura «impalpabile» della nozione a militare in tal senso, consegnando in ultima istanza alla Corte medesima il compito spinoso di definire il «carattere largamente “discrezionale” della... discrezionalità» stessa<sup>18</sup>. Così che tali manipolazioni si rivelerebbero in grado di penetrare «oltre la crosta del dato testuale» colpendo «al cuore la sostanza normativa racchiusa nel dato» stesso, mettendo d'altro canto sotto stress la politica medesima, la quale «per paradossale che possa per più aspetti sembrare» ne uscirebbe solo apparentemente rilegittimata, ma in realtà indebolita dal «rifacimento dei suoi prodotti *iussu iudicis*»<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Si riprendono le espressioni utilizzate da A. RUGGERI, rispettivamente, in [La Corte costituzionale davanti alla politica](#), cit., §5 e, più di recente, in [Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale](#), in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1 (a commento della [sent. n. 10 del 2015](#)) ed in [La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronuncia sull'Italicum](#), in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 25 febbraio 2017, 4 (a commento della [sent. n. 35 del 2017](#)).

<sup>13</sup> Di qui le criticità riscontrate dal Prof. Ruggeri specie con riguardo ad una materia tanto *politically sensitive* come quella elettorale, tanto da interrogarsi, all'indomani delle pronunce della Corte [n. 1 del 2014](#) e [n. 35 del 2017](#), sulla necessità di «ripensare da cima a fondo concetti elementari della giustizia costituzionale, quali quelli di rilevanza e d'incidentalità, chiedendoci cosa ne rimanga» (cfr. ID. in [La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità](#), cit., 4).

<sup>14</sup> V.lo già, in tal senso, nel saggio del duemiladieci (di cui *supra*, alla nota 6), spec. al §5, ma si veda altresì, ad es., il Suo [La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà, oltrosia tra esibizione della “diffusione” e vocazione all'“accentramento”](#), in [Riv. dir. cost.](#), 2007, spec. 73 ss.).

<sup>15</sup> Si ripropone qui l'espressione utilizzata da A. Ruggeri in [La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità](#), cit., 4.

<sup>16</sup> Cfr. A. RUGGERI, [Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora...\(a margine di un comunicato sul caso Cappato\)](#), e ID., [Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale \(a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/III](#), rispettivamente, 568 e 571 (a commento dell'[ord. n. 207 del 2018](#)).

<sup>17</sup> V., ID., [Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale](#), cit., 573.

<sup>18</sup> [Ibidem](#), 573.

<sup>19</sup> Cfr. ID., [La Corte costituzionale davanti alla politica](#), cit., §5.

Di qui, in controtela e col massimo rigore dello Studioso, l'indicazione del punto di riferimento sul piano teorico da seguire e, nel contempo, la consegna di una lettura disincantata dello stato di cose, vedendosi in esso «una tardiva rivincita di Schmitt su Kelsen» circa la reale possibilità, all'atto pratico, di addivenire ad una giurisdizionalizzazione dei conflitti politici senza con ciò pervenire all'esito opposto della politicizzazione del giudice e del relativo giudizio<sup>20</sup>.

#### 4. Tra Carte e Corti: quid iuris?

Questa prospettiva assiologico-sostanziale la si ritrova ancora – ed in massimo grado – allorché Antonio Ruggeri si rivolge al versante dei diritti fondamentali. Anzi, che un simile approccio sia il più idoneo ad «offrire un servizio non nominale o di facciata alla Carta ed ai suoi valori», il Nostro lo sostiene da tempo<sup>21</sup>, evidenziando, in particolare, di tale posizione l'attitudine a valorizzare, più di ogni altra, la «forza politica»<sup>22</sup> di cui le Corti dispongono.

È poi nell'ampio contesto europeo che Egli vede il terreno meglio atto a consentire ad un tale formidabile potenziale di esplicarsi, avendo svolto e continuando a svolgere, qui, i giudici, un ruolo di punta nel fare l'Europa dei diritti... ora più che mai in forza dello slancio in senso universalistico offerto dalle Carte, non ostandovi la mancanza per lo più, ancora, di un sistema giudiziario organico ed integrato, tale da determinare le modalità processuali d'impiego delle Carte dei diritti medesime da parte dei giudici degli Stati membri<sup>23</sup>. E nemmeno militandovi contro le ben note difficoltà – e

<sup>20</sup> Cfr., ID., *'Itinerari' di una ricerca sul sistema delle fonti: XIX. Studi dell'anno 2015*, Torino, 2016, 183.

<sup>21</sup> Così che già nello scritto del duemiladieci più volte menzionato, assumendo una tale prospettiva, osservava come, d'altronde, le norme «ovunque poste (in atti costituzionali e non), si scompongono e ricompongono senza sosta in sistema unicamente per il modo con cui, a un tempo, si piegano verso gli interessi per la cui cura sono adottate e si volgono verso i valori, da cui prendono luce, alimento, giustificazione» (ID., [La Corte costituzionale davanti alla politica](#), cit., §3).

<sup>22</sup> Si osserva, peraltro, che l'espressione “forza politica” lo stesso Prof. Ruggeri la considera una delle più felici intuizioni del Suo compianto Maestro (richiamando, in partic., T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in *Opere*, I, Milano 2000, spec. 196 ss.).

<sup>23</sup> Limitandoci qui ad una rapida considerazione di alcune delle principali decisioni rese al riguardo negli ultimi anni, se ne ricava, in via generale, il consolidamento della giurisprudenza di Lussemburgo che vuole che i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione siano predisposti «per essere applicati in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse» (ulteriori spunti di riflessione sono reperibili nelle pagine di approfondimento di V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU. tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019, 344 e ss., spec. alla nota 412), per cui, tra l'altro, le norme di diritto derivato dell'Unione devono essere interpretate ed applicate «nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti dalla Carta» (v. CJUE, I sez., sent. 13 dicembre 2017, in C-403/16, [Soufiane El Hassani](#), §§32-33). Ciò, con la precisazione (fatta da ultimo nella decisione relativa al cd. “caso Taricco”), che ai giudici nazionali resta pur sempre consentito di applicare gli standard nazionali di tutela «a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione» (v. CJUE, Gr. sez., sent. 5 dicembre 2017, in C-42/17, [M.A.S. e M.B.](#), §47, ed in precedenza Id., sent. 26 febbraio 2013, in C-617/10, [Åkerberg Fransson](#), §29).

Più nello specifico, può dirsi ormai consolidata la giurisprudenza eurounitaria che, analogamente a quanto avviene per i Trattati, riconosce la sufficienza di talune disposizioni della Carta «di per sé» e senza il necessario intervento di ulteriori norme a conferire a singoli individui diritti invocabili nell'ambito di controversie tra privati (v. CJUE, Gr. sez., sent. 17 aprile 2018, in C-414/16, [Vera Egenberger](#), §76; v., inoltre, con particolare riguardo al diritto alle ferie annuali retribuite: Id., sent. 6 novembre 2018, in C-684/16, [Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften](#); e relativamente al divieto di ogni discriminazione fondata sulla religione o le convinzioni personali: Id., sent. 22 gennaio 2019, in C-193/17, [Cresco Investigation GmbH](#)). Per alcuni casi in cui invece la Corte ha ritenuto che disposizioni della Carta fossero prive di effetto diretto, v. CJUE, Gr. sez., sent. 15 gennaio 2014, in C-176/12, [Association de médiation sociale](#), §§46 a 48; e Id., sent. 24 giugno 2019, in C-573/17, [Daniel Adam Poplawski](#), spec. §§59 e ss.). Per cui è anche su questa base che i giudici nazionali sono “tenuti” ad assicurare “nell'ambito delle proprie competenze”, «la tutela giuridica spettante ai soggetti dell'ordinamento» ed «a garantire la piena efficacia dei diritti che ne derivano, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria» (v. CJUE, Gr. sez., sent. 11 settembre 2018, in C-68/17, [IR](#), §68).

In ogni caso, la Corte di Giustizia conferma l'importanza, nel «quadro costituzionale» eurounitario, volto, come tale, ad assicurare «a qualsiasi individuo la possibilità di ottenere la tutela effettiva dei diritti che ad esso sono conferiti» del rinvio pregiudiziale, quale «chiave di volta del sistema giurisdizionale» unitariamente inteso, e di cui i giudici e le

talora incomprensioni – nel “dialogo” tra le Corti europee, che il Nostro auspica, appunto, sempre più ricco e proficuo, così da vedere ciascun giudice messo nelle condizioni di attingere alla soluzione in grado di garantire la migliore tutela dei diritti fondamentali<sup>24</sup>.

Del resto, che la direzione intrapresa dai giudici europei sia questa, pare anche a noi di vederlo nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, non appena ha ritenuto che i tempi fossero sufficientemente maturi, della Carta dei diritti ha cominciato ad esplorare proprio le suddette potenzialità, sul piano quantitativo e soprattutto qualitativo, avviandone, in particolare, l’uso parametrico, vuoi come riferimento interpretativo delle normative controverse “alla luce dei diritti fondamentali”, vuoi, altresì, come riferimento per l’esame della validità degli atti giuridici dell’Unione<sup>25</sup>. Anzi, ritenuti “inceppamenti” interni nell’impiego della Carta di Nizza sono alla base di quel non celato senso di delusione affiorante puntualmente nei commenti del Nostro, per il quale, se la dimensione più adeguata per la tutela dei diritti fondamentali continuasse ad essere quella statutaria, ne riuscirebbe pregiudicata l’edificazione di un più alto livello sistemico di massimizzazione delle tutele<sup>26</sup>.

Di qui una ancora più generale insoddisfazione per la perdurante lettura restrittiva della Corte costituzionale alla disposizione che ha dato e dà, a tutt’oggi, fondamento ed ingresso al primato del diritto sovranazionale, a motivo fondamentalmente della frustrazione che da ciò secondo lo Studioso deriverebbe per le aspettative di avvio di un processo costituente di dimensioni internazionali (sulla base dello stesso art. 11 della Costituzione).

Là dove ai rischi di un uso improprio del suddetto approccio – che lo stesso Antonio Ruggeri considera un’«arma» potente «anzi potentissima», suscettibile, come tale, «di essere usata per fini buoni come pure cattivi»<sup>27</sup>, farebbero da argine le caratteristiche stesse del potere giudiziale: segnatamente, il fatto che i giudici e le più alte corti sapendo «di doversi confrontare con altri organi preposti parimenti ad amministrare giustizia» sarebbero naturalmente portati «ad una maggiore cautela e vigilanza», nel quadro dello svolgersi di un processo incessante di arricchimento reciproco delle relative strategie argomentative e delle tecniche decisorie (cfr., sul punto, *infra*, [V. Sciarabba](#))<sup>28</sup>.

---

giurisdizioni supreme degli Stati membri costituiscono una componente fondamentale (cfr. CJUE, Gr. sez., sent. 24 ottobre 2018, in C-234/17, [XC, YB, ZA](#), §41).

<sup>24</sup> Del resto, non è fatto mistero della predilezione, da parte del Prof. Ruggeri, per quella giurisprudenza costituzionale che, avendo a che fare con «diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia», ha evidenziato di questi il valore e le relative tutele «anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione» (Corte cost., [sent. n. 388 del 1999](#)).

<sup>25</sup> Cfr., a proposito di una tale tendenza, in questa [Rivista](#), in particolare la giurisprudenza eurounitaria del [2014](#) e del [2015](#) (spec. le pronunce relative ai casi [Google Spain](#), [Digital Rights Ireland](#) e [Schrems](#), nonché, il [Parere PNR UE-Canada](#)).

<sup>26</sup> Di qui la critica, a più riprese, della [sent. n. 269 del 2017](#) e, più in generale, delle pronunce in cui si palesi possibile l’elevazione della cd. “barriera dei controlimiti”.

Da parte nostra, invece, muovendo, tra l’altro, dalla considerazione dell’apertura – mai, forse, come oggi apprezzabile e consistente – del nostro giudice costituzionale al “dialogo” con le altre Corti europee, si è proposta una diversa lettura della decisione in questione, ravvisando i rischi che, invece, il progressivo affiorare, nella sostanza, di un giudizio diffuso di eurounarietà avrebbe potuto e potrebbe comportare conducendo, all’opposto rispetto agli intenti di chi ne mette in discussione gli esiti, ad un abbassamento del livello di tutela costituzionale dei diritti fondamentali stessi, con l’emarginare il nostro giudice costituzionale “dal dialogo” in una tanto delicata materia (come del resto le prime fasi della stessa “[vicenda Taricco](#)” paiono dimostrare). Di qui la necessità, della Corte, di dare un segnale forte della propria presenza e l’importanza della “precisazione” (contenuta, per l’appunto, nella [sent. n. 269 del 2017](#)), con cui, com’è noto, la stessa ha affermato di volersi ed anzi di doversi riappropriare, in forza dell’«impronta tipicamente costituzionale» della Carta UE, del proprio ruolo (anche) di giudice dei diritti, offrendo, nel contempo ed una volta in più, la propria disponibilità al dialogo con l’intero sistema giudiziario europeo (al riguardo, sia consentito rinviare a L. TRUCCO e V. SCIARABBA, [La Carta UE in condominio fra Corte costituzionale e giudici comuni. Conflitto armato, coabitazione forzata o armonico menage? Intervista in tre domande](#), in [www.giustiziainsieme.it](#)).

<sup>27</sup> Così ID. in [La Corte costituzionale davanti alla politica](#), cit., §3.

<sup>28</sup> Così ID., [Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile](#), cit., 566.

Come si intende, finalmente, Antonio Ruggeri butta il cuore oltre l'ostacolo, configurando già attualmente la vigenza di un ordinamento in sistema dei "diritti delle Carte coi diritti costituzionali", nel quadro di uno *ius commune* europeo incentrato sul valore della dignità umana.

Gessica Veronica Golia\*

**Quando “la prigione è un’ingiustizia, la libertà un pericolo”: la detenzione domiciliare per i detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta\*\***  
(nota a [Corte cost., sent. 19 aprile 2019 n. 99](#))

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La questione: il vuoto di tutela per i detenuti sofferenti psichici - 2.1. Il caso. L’ordinanza di rimessione della Corte di cassazione - 2.2. Il precedente: la soluzione prospettata dal Tribunale di sorveglianza di Messina - 3. Il responso della Corte costituzionale - 4. Considerazioni a margine - 4.1. Un *déjà vu*: lo slancio della giurisprudenza verso soluzioni extramurarie - 4.2. Il reo diventato folle: un malato come gli altri - 4.3. Dalla teoria alla pratica: le questioni (vecchie e nuove) ancora da districare - 5. Conclusioni.

1. Premessa

Con la sentenza in commento la Corte costituzionale ha esteso l’applicabilità dell’istituto della detenzione domiciliare c.d. umanitaria, di cui all’art. 47-ter co.1-ter ord.penit., ai detenuti affetti da grave infermità psichica, di cui all’art. 148 c.p., per i quali l’attuale panorama normativo non prevede alcuna alternativa alla detenzione carceraria – pur se incompatibile con le loro condizioni di salute – essendo intervenuta – tra il 2012 e il 2014 – la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari (in seguito, OPG)<sup>1</sup>, cui l’art. 148 destinava gli infermi psichici detenuti: come è noto, l’OPG era l’unica istituzione a cui il sistema penale demandava la gestione del disagio psichico degli autori di fatti di reato, internandovi indistintamente soggetti più o meno *rei* e più o meno *folli* (dai prosciolti ai periziandi, dagli imputati ai detenuti)<sup>2</sup>.

Prodromico a tale intervento additivo è stato un lungimirante provvedimento del Tribunale di Sorveglianza di Messina, che per primo ha adottato la soluzione in parola (già prospettata in sede di stesura del progetto di riforma<sup>3</sup>), mentre la Corte di cassazione, più cauta, sollevava la questione di legittimità costituzionale: dunque, il Giudice delle leggi ha convalidato quello che era già un *idem sentire* che percorreva la giurisprudenza, impegnata nella tutela di diritti fondamentali della persona minacciati da una protratta inerzia legislativa.

Invero, la chiusura delle istituzioni totali – esito di un travagliato iter normativo<sup>4</sup> finalizzato a ricondurre il sistema nell’alveo della legge Basaglia e del c.d. decreto Bindi, che disponeva di equiparare l’assistenza sanitaria dei cittadini ristretti a quella dei cittadini liberi, in ossequio agli artt. 3 e 32 Cost. – era destinata a confluire in un più ambizioso e complessivo disegno di riforma

\* Università “Magna Graecia” di Catanzaro.

\*\* Il virgolettato riflette un pensiero di C. LOMBROSO, in *Sull’istituzione dei manicomi criminali in Italia*, 1872, s. II, vol. V, 74.

<sup>1</sup> Queste le tappe fondamentali del processo di riforma: il d.p.c.m. 1 aprile 2008 che, nell’allegato C, per la prima volta ha delineato un percorso per il superamento degli OPG; il d.l. 211/2011, convertito in l. n. 9/2012, che ha disposto la chiusura degli OPG e ha contestualmente istituito le nuove strutture deputate a sostituirli, ossia le *REMS, Residenze per l’Esecuzione delle Misure di Sicurezza* (v. art 3-ter); il d.l. 24/2013, convertito in l. n. 57/2013; nonché la conclusiva l. n. 81/2014, che ha convertito il d.l. 52/2014. Per l’attuazione della riforma è stato necessario ricorrere ad un Commissario Unico, nominato con d.p.c.m. 19 febbraio 2016 nella persona di Franco Corleone. L’ultimo OPG (Barcellona P.G.) è stato chiuso solo il 20 febbraio 2017.

<sup>2</sup> Queste le categorie di soggetti che venivano internate in OPG: i prosciolti per infermità di mente socialmente pericolosi, ex art. 222 c.p.; gli imputati, in qualsiasi grado di giudizio, sottoposti alla misura di sicurezza provvisoria in OPG ex artt. 206 c.p. e 312 c.p.p., in quanto socialmente pericolosi; i soggetti sottoposti ad altre misure di sicurezza detentive (anche in aggiunta alla pena) con infermità mentale sopravvenuta ex art. 212 c.p.; i detenuti minorati psichici ex art. 111 co. 5 d.p.r. 230/2000; i detenuti in osservazione, cioè di cui deve essere accertata l’infermità psichica ex art. 112 co. 2 d.p.r. 230/2000; nonché, appunto, i detenuti con infermità di mente sopravvenuta ex art. 148 c.p.

<sup>3</sup> Precisamente, nella *Proposta 3 del Tavolo X degli Stati Generali per l’Esecuzione Penale* (cfr. *Relazione del Tav. X*) poi recepita nello schema di decreto redatto dalla competente Commissione, presieduta dal Prof. M. Pelissero (cfr. *Relazione e articolato della Commissione Pelissero*).

<sup>4</sup> V. *supra*, nota 1.

dell'ordinamento penitenziario, teso al superamento della logica 'carcerocentrica' e al potenziamento della tutela della salute, soprattutto psichica: invece, tale disegno – abbozzato con accuratezza dagli *Stati Generali per l'Esecuzione Penale*<sup>5</sup>, che aveva poi preso forma con la legge delega 23 giugno 2017 n. 103 (c.d. riforma Orlando), e sembrava essersi ormai concretizzato con lo schema redatto dall'apposita Commissione<sup>6</sup> – infine, si è dissolto nel nulla con i decreti legislativi 2 ottobre 2018 nn. 123 e 124, che hanno sistematicamente ignorato gli spunti in tema di tutela della salute psichica in carcere, allargando il *vulnus* che ha reso necessario l'intervento della Corte costituzionale<sup>7</sup>.

## 2. La questione: il vuoto di tutela per i detenuti sofferenti psichici

### 2.1. Il caso. L'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione

Il protagonista della vicenda che ha occasionato la declaratoria in commento era un detenuto condannato per concorso in rapina aggravata, affetto da un grave disturbo psichico con impulsi autolesivi, che, in ragione di tale patologia, proponeva istanza al Tribunale di Sorveglianza di Roma volta ad ottenere il differimento della pena per grave infermità ai sensi dell'art. 147 c.p. Avverso l'ordinanza di rigetto del Tribunale adito, l'istante proponeva ricorso innanzi alla Corte di cassazione, che, con ordinanza n.13382/2018, rimetteva la questione alla Consulta. La Suprema Corte confermava l'impossibilità di sussumere la vicenda in esame sotto la fattispecie invocata del rinvio facoltativo della pena, stante la lettera dell'art. 147 co. 1 n. 2 c.p. che esige una infermità di tipo fisico, e tenendo altresì conto della consolidata giurisprudenza di legittimità, «*tesa a marcare una netta differenziazione tra l'ipotesi della infermità fisica e quella della infermità 'meramente' psichica*», laddove per “*meramente*” si intende la patologia psichiatrica che – come nel caso del condannato *de quo* – non ha ricadute di tipo fisico<sup>8</sup>; quindi, coerentemente, non poteva applicarsi la detenzione domiciliare c.d. in deroga, di cui all'art. 47-ter, c.1-ter o.p., che non ha una sua autonoma operatività, ma soggiace ai presupposti del rinvio (obbligatorio o facoltativo) della pena. Piuttosto, il caso sarebbe rientrato a pieno titolo nell'art. 148 c.p., che, per i detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta, prevede(va) il ricovero negli ormai chiusi OPG: norma da ritenersi ormai implicitamente abrogata, alla luce dell'evoluzione normativa dell'ultimo decennio (che veniva sinteticamente richiamata). Dunque, pur riconoscendo il «*profilo finalistico*» della detenzione domiciliare in deroga, che mira a mediare le esigenze di umanizzazione della pena e quelle di contenimento della pericolosità del reo, la Suprema Corte ha ritenuto che l'applicazione dell'art.47-ter co. 1-ter o.p. ai detenuti in questione fosse preclusa dal dato letterale di una disposizione che aveva indiscutibilmente affidato agli OPG specifici compiti terapeutici: non ravvisando, quindi, alcun margine per un'interpretazione conforme a Costituzione, il Collegio ha invocato un intervento additivo del Giudice delle leggi, rilevando l'illegittimità costituzionale (per contrasto con gli artt. 2, 3, 27, 32, e 117 Cost. e 3 Cedu) dell'art. 47-ter co. 1-ter o.p. nella parte in cui non prevedeva l'applicazione della detenzione domiciliare c.d.

---

<sup>5</sup> Convocati il 19 maggio 2015 dall'allora Ministro della giustizia A. Orlando, gli *Stati Generali* hanno costituito un percorso interdisciplinare di studi, volto a conformare l'esecuzione della pena ai principi costituzionali. Del trattamento penale dell'infermo di mente si sono occupati il *Tavolo 10* (cfr. *Relazione del Tav. X*) e il *Tavolo 11* (cfr. *Relazione del Tav. XI*), dedicati rispettivamente a *Salute e disagio psichico* e *Misure di sicurezza*. Quest'ultimo, è stato coordinato dal dott. N. Mazzamuto (successivamente membro della Commissione Pelissero), autore del primo provvedimento che ha applicato la detenzione domiciliare ad un detenuto infermo di mente.

<sup>6</sup> V. nota 3.

<sup>7</sup> Cfr. A. DELLA BELLA, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 7 novembre 2018, *passim*; E. DOLCINI, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 19 novembre 2018, *passim*.

<sup>8</sup> A maggior ragione il caso non trovava regolamentazione nella fattispecie del rinvio obbligatorio di cui all'art. 146 c.p., che fa riferimento a specifiche patologie, ovvero, per le infermità particolarmente gravi, esige che la malattia sia in uno stadio così avanzato da non rispondere alle terapie. Parimenti inapplicabile risultava la detenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47-ter, c.1 o.p. (in particolare, let. c) ostandovi la durata della pena residua, che, al momento della proposizione dell'istanza, era superiore ai 4 anni (precisamente, pari a 6 anni, 4 mesi e 21 giorni).

umanitaria anche alle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena. L'ordinanza di rimessione prendeva atto della mancanza di alternative alla detenzione carceraria per i detenuti in parola, dando conto, da un lato, dell'impossibilità di utilizzare le neonate *Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza* (in seguito: REMS)<sup>9</sup>, in quanto trattasi di strutture sanitarie che il Legislatore ha inteso destinare esclusivamente – come si evince dal nome – agli infermi di mente sottoposti a misure di sicurezza; e, dall'altro, dell'insufficienza delle “*Articolazioni per la tutela della Salute Mentale*” interne agli istituti di pena, appositamente previste in sede di riforma. In tale assetto normativo la Suprema Corte ravvisava una duplice disparità di trattamento: la condizione dei detenuti con infermità mentale sopravvenuta, invero, appariva deteriore sia rispetto a quella dei detenuti affetti da infermità fisiche (cui si applica l'art. 147 c.p.), sia rispetto a quella dei sofferenti psichici ricoverati nelle neonate REMS (i quali, come si è detto, ricevono apposite cure, in una struttura sanitaria adeguata alle loro condizioni di salute), quando invece i malati di mente, vuoi che siano sottoposti ad una misura di sicurezza, vuoi che siano stati condannati alla pena detentiva, vivono una condizione «*del tutto assimilabile, quantomeno sul piano delle prevalenti necessità terapeutiche*». Addentrandosi nella questione, i giudici di legittimità non hanno trascurato di denunciare il «*manifesto regresso trattamentale*» che colpisce gli infermi di mente ristretti in carcere, dovuto ad una «*complessiva de-giurisdizionalizzazione*»: infatti, l'allocazione del detenuto presso le (ancora poche e inadatte) sezioni psichiatriche interne agli istituti penitenziari è disposta non già da un provvedimento giurisdizionale – come accadeva per il ricovero in OPG – ma direttamente dall'Amministrazione Penitenziaria, senza previa verifica da parte della Magistratura di Sorveglianza circa l'idoneità del trattamento praticabile, con il rischio – concreto – che l'Amministrazione si lasci influenzare da fattori contingenti (tra cui il sovraffollamento)<sup>10</sup>.

Ancora, il Collegio ha argomentato diffusamente sull'obiettivo della rieducazione tramite la pena, richiamando la giurisprudenza costituzionale che valorizza l'art. 27, c. 3, Cost. come disposizione la cui realizzazione non può essere vanificata dallo scontro con esigenze diverse (quali la difesa sociale), e ha individuato nel regime di detenzione carceraria dei malati *de quibus* la violazione del divieto di *trattamenti inumani e degradanti* di cui all'art. 3 Cedu (citando una nutrita giurisprudenza della Corte di Strasburgo) che «*configura un obbligo positivo per lo Stato*», assoluto e inderogabile, che «*non trova alcuna forma di bilanciamento in esigenze antagoniste*».

## 2.2. Il precedente: la soluzione prospettata dal Tribunale di sorveglianza di Messina

Nell'attesa della decisione della Consulta è stata pronunciata dal Tribunale di sorveglianza di Messina una interessante ordinanza (la [n. 248 del 2018](#), estensori Mazzamuto–Lino), che ha risolto un caso analogo a quello che aveva dato luogo alla rimessione alla Corte costituzionale. I giudici dello stretto convengono con la Corte di cassazione nel rilevare l'esistenza di un vuoto normativo, ma fanno un passo ulteriore: consapevoli che dentro a queste ‘voragini’ dell'ordinamento ci sono persone in carne ed ossa, con i loro diritti incompressibili, la cui reale tutela esige interventi tempestivi, individuano nel sistema uno strumento immediatamente utilizzabile, applicando in via analogica l'art. 147 c.p. e la detenzione domiciliare in deroga, con obbligo di residenza in una *Comunità Terapeutica Assistita* (CTA), ad un detenuto affetto da grave infermità mentale, sottraendolo alla insostenibile azione patogena che il carcere esercitava sulle sue condizioni. Soluzione, questa, che risultava idonea a soddisfare anche le concomitanti esigenze di difesa sociale.

---

<sup>9</sup> V. *supra*, nota 1. Giova rammentare che la novità rivoluzionaria delle REMS si sostanzia nella gestione esclusivamente sanitaria e nell'assenza della polizia penitenziaria. Le REMS vengono dipinte dal Legislatore come una sorta di reparto ospedaliero: un massimo di 20 posti letto; camere singole o doppie, ciascuna munita di bagno con doccia; ambiziosi standard di assistenza e un'elevata dotazione minima del personale (cfr. d. intermin. 1° ottobre 2012 adottato dal Ministero della salute di concerto con il Ministero della giustizia): caratteristiche evidentemente incompatibili con quelle dei vecchi manicomi giudiziari.

<sup>10</sup> La Suprema Corte, peraltro, ha ricordato che anche l'allocazione presso tali sezioni può dar luogo ad un trattamento inumano e degradante, laddove le terapie risultino inappropriate, come affermato dalla Corte Edu nella [sent. W.D c. Belgio del 6 settembre 2016](#), nel rilevare le deficienze del sistema carcerario belga per la detenzione dei malati di mente.

Tale provvedimento merita di essere analizzato per l'originalità e l'audacia: esso, infatti, configura un esempio paradigmatico di quegli sforzi ermeneutici che, non di rado, la magistratura di sorveglianza più attenta e solerte compie per dare concreta attuazione ai valori costituzionali, dovendo operare delicati bilanciamenti tra interessi fondamentali confliggenti tra loro.

I giudici messinesi spiegano che la soluzione adottata non contrasta con il divieto di analogia di cui all'art. 14 delle Preleggi, atteso che le norme interpretate non costituiscono affatto una «eccezione alle regole generali», anzi, ne sono l'espressione, poiché estrinsecano *in subiecta materia* alcuni principi cardine del nostro ordinamento (quali la tutela della salute *ex art. 32 Cost.*, il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, il principio di umanità della pena *ex art. 27, c. 3, Cost.*). Né la soluzione contrasta con il divieto di applicazione analogica proprio delle norme penali, poiché – in ossequio al principio del *favor rei*, che permea tutto il diritto penale – esso opera solo *in malam partem*, quale naturale corollario del principio di tassatività, che è posto a presidio della libertà del singolo: al contrario, nel caso di specie, vi è un intervento evidentemente *in bonam partem*, volto ad esprimere il *favor libertatis*, oltre che a tutelare il diritto alla salute del detenuto, che diversamente, continuando ad essere ristretto in carcere, avrebbe subito un pregiudizio irreversibile.

Quanto all'individuazione dell'*eadem ratio*, l'ordinanza coglie nella presenza di un'«infermità» la ragione specifica che accomuna il caso del detenuto con malattia psichica alla fattispecie, regolata dall'art. 148 c.p., del detenuto con infermità fisica e che, in quest'ultima norma, rende necessaria la disciplina giuridica del differimento della pena o della sua esecuzione in detenzione domiciliare. Più che di argomento *a simili*, potrebbe parlarsi di argomento *a fortiori*, secondo un rapporto fra casi che – come si vedrà – è stato poi ravvisato dalla Corte costituzionale: se la malattia *fisica* necessita di un trattamento diverso dalla detenzione ordinaria, *a fortiori* ciò vale per la malattia *psichica*, atteso che il carcere, notoriamente, tende ad acuire i disturbi mentali<sup>11</sup>. Il principio applicato dall'ordinanza in parola, in fondo, è il medesimo a cui si informano, seppur nelle loro diverse sfumature, gli articoli 146 e 147 c.p., nonché lo stesso art. 47-ter co.1-ter o.p.: ossia quello di «tirar fuori» il detenuto da un luogo *incompatibile* con le sue *condizioni di salute*, per collocarlo in un luogo in cui, con le dovute prescrizioni, possa essere *curato*.

In definitiva: al Tribunale di Sorveglianza di Messina va l'indubbio merito di aver effettivamente fornito, in un momento di *impasse*, una immediata tutela, individuando una soluzione interpretativa idonea a ricondurre il sistema «nei binari di compatibilità e conformità ai principi sanciti dalla Carta costituzionale e dalla CEDU»<sup>12</sup>.

### 3. Il responso della Corte costituzionale

La motivazione in diritto della sentenza in commento si apre con una compiuta definizione di *infermità psichica sopravvenuta*: si chiarisce, opportunamente, che con tale nozione si intende non solo la patologia effettivamente insorta durante la detenzione, bensì anche «una malattia mentale che, pur cronica o preesistente al reato, non sia stata considerata influente sulla capacità di intendere e di volere nel corso del giudizio penale dal quale è scaturita la condanna definitiva».

Il Giudice delle leggi condivide «senz'altro» la ricostruzione dell'assetto normativo vigente compiuta dalla Cassazione, segnatamente l'inapplicabilità dell'art. 148 c.p., in quanto «completamente svuotato di contenuto precettivo» dalle intervenute riforme: «svuotato» perché sono ormai scomparsi gli istituti ivi richiamati, ma soprattutto, osserva la Corte, è scomparso l'approccio culturale alla malattia mentale di cui l'art. 148 c.p. è espressione. Nell'ottica del codice Rocco, infatti, orientata all'internamento e alla custodia, il problema della permanenza dell'infermo di mente in

---

<sup>11</sup> Ancora, potrebbe ravvisarsi il c.d. argomento *apogogico*, che tiene conto degli esiti assurdi a cui la norma darebbe luogo in sede di applicazione (cfr. F. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, 367): di fatti, i giudici hanno voluto scongiurare le conseguenze pregiudizievoli – e incoerenti rispetto alla logica del sistema giuridico – che sarebbero derivate al malato dalla permanenza in carcere.

<sup>12</sup> [Trib. Sorv. Messina, ord. 248/2018.](#)



carcere sorgeva sostanzialmente come problema di convivenza con la restante popolazione carceraria, e si considerava risolto con la semplice reclusione *«altrove, insieme ad altre persone similmente malate e senza prospettive di rientro nella vita sociale»*, soluzione certamente inadeguata alla luce del paradigma culturale e scientifico in cui viene inquadrata oggi la malattia mentale, improntato alla cura<sup>13</sup>, che ha portato alla chiusura dei manicomi civili prima, di quelli giudiziari poi. La Consulta rileva quindi l'incompletezza dell'*iter* di riforma (ripercorrendone rapidamente le tappe principali), e ricorda a chiare lettere che *«le REMS non sono istituzioni volte a sostituire i vecchi ospedali psichiatrici sotto altra veste e denominazione»*: invero, mentre – come si è detto – gli OPG accoglievano indiscriminatamente tutti i sofferenti psichici a vario titolo intrappolati nelle maglie del circuito penale<sup>14</sup>, le REMS hanno come destinatari, per espressa previsione normativa, unicamente gli infermi di mente ritenuti non imputabili e socialmente pericolosi, sottoposti ad una misura di sicurezza dal contenuto terapeutico a cagione del loro stato. Sul punto, la Corte ha altresì avuto cura di invalidare quel problematico inciso della legge delega (di cui all'art. 1 co. 16 let. d), L. n. 103/2017, noto come *“Emendamento Mussini”*)<sup>15</sup> che è stato oggetto di dibattito in dottrina e che *«ambiguamente»* prevedeva il ricovero in REMS anche per le altre categorie di infermi di mente gravitanti nell'universo penitenziario: si chiarisce che la normativa vigente non è suscettibile di essere integrata in via interpretativa da tale inciso della delega, rimasto inattuato. Dunque, nelle REMS non vi è spazio per i condannati affetti da infermità mentale sopravvenuta, per i quali, secondo l'attuale assetto normativo, come denunciato dalla Cassazione, non vi sono alternative al carcere (se non le sezioni speciali di cui all'art. 65 o.p., comunque interne al carcere stesso, e per giunta ancora insufficienti): anche il Giudice delle Leggi ritiene inapplicabili ai detenuti *de quibus* tutte le fattispecie già considerate dalla Suprema Corte, con ciò discostandosi dalla soluzione interpretativa adottata dal Tribunale di sorveglianza di Messina.

La Consulta ricorda che il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. comprende, oltre alla salute fisica, anche la salute psichica, *«alla quale l'ordinamento è tenuto ad apprestare un identico grado di tutela»*; e, per di più, sottolinea che la sofferenza 'normalmente' insita nella reclusione si amplifica nei malati di mente e ne aggrava la patologia, determinando un *«supplemento di pena contrario al senso di umanità»*, fino ad arrivare ad una vera e propria *incompatibilità* con il carcere, passibile di integrare un *trattamento inumano e degradante*, in violazione dell'art. 3 Cedu. La Corte sottolinea allora l'esigenza di predisporre interventi *«complessi e integrati»* a tutela della salute mentale dei detenuti, raccomandando tanto il potenziamento delle strutture sanitarie interne agli istituti di pena, quanto la promozione di percorsi terapeutici esterni per i casi più gravi; ricorda, a tal proposito, che il Legislatore è rimasto sordo ad un precedente monito rivoltogli dalla stessa Corte (con [sentenza n. 111/1996](#)) circa la necessità di individuare un'equilibrata soluzione all'insoddisfacente trattamento riservato ai detenuti *ex art. 148 c.p.*: pur essendo ben consapevole che solo al Legislatore spetta completare l'avviato processo di riforma, la Corte esplicita la necessità del proprio intervento di accoglimento, finalizzato a porre rimedio alla perpetrata violazione dei valori costituzionali denunciata dall'ordinanza rimettente, affinché *«nessun condannato sia mai costretto a scontare la pena in condizioni contrarie al senso di umanità, meno che mai un detenuto malato»*.

Si passa quindi all'analisi della detenzione domiciliare c.d. umanitaria: la Consulta chiarisce – opportunamente – che la detenzione domiciliare non implica *«riduttivamente un ritorno a casa o*

---

<sup>13</sup> Sul punto, viene richiamato il [Parere «Salute mentale e assistenza psichiatrica in carcere» del Comitato Nazionale per la Bioetica del 22 marzo 2019](#).

<sup>14</sup> V. *supra*, nota 2.

<sup>15</sup> L'art. 1, c. 16, lett. d) l. n. 103/2017 proponeva di spalancare le porte delle REMS anche ai detenuti con infermità mentale sopravvenuta, agli imputati sottoposti a misure di sicurezza provvisorie, e a tutti i soggetti di cui si debbano accertare le condizioni psichiche, in caso di inidoneità delle apposite sezioni intramurarie *«a garantire i trattamenti terapeutico-riabilitativi, con riferimento alle peculiari esigenze di trattamento dei soggetti e nel pieno rispetto dell'articolo 32 della Costituzione»*. Tale disposizione mirava a trovare anche per questi malati una collocazione consona alla loro patologia, stante l'inadeguatezza delle articolazioni sanitarie delle carceri, ma, in tutta evidenza, andava a riproporre quella promiscuità di posizioni giuridiche e di patologie, che trasformerebbe qualunque struttura in una istituzione totale, vanificando il superamento degli OPG, e rendendo la riforma una *truffa delle etichette*.

*tanto meno un ritorno alla libertà*», ma costituisce un istituto intermedio tra il carcere e la libertà, che può essere modellato dal giudice, con prescrizioni variamente limitative<sup>16</sup>, e che, pertanto, si presta a salvaguardare tanto le esigenze di salute del detenuto, quanto quelle di difesa sociale.

Preoccupati di garantire un uso equilibrato e tendenzialmente uniforme del nuovo istituto, all'insegna di una «*attenta valutazione caso per caso, momento per momento della singola situazione*», i Giudici della Consulta indicano infine alcuni parametri cui fare riferimento per un «*dosaggio ponderato delle limitazioni*»: i quadri clinici; le condizioni sociali e familiari; l'esistenza o meno di servizi di cura all'interno del carcere; la salvaguardia degli altri detenuti e del personale degli istituti; la compatibilità tra la malattia e il carcere; le esigenze di sicurezza pubblica, con riguardo al giudizio di pericolosità (attualizzato rispetto all'evoluzione sanitaria e personale del detenuto), che possono precludere il ricorso ai trattamenti extramurari (su questo aspetto vd. *infra*, §4.3).

#### 4. Considerazioni a margine

##### 4.1. Un déjà vu: lo slancio della giurisprudenza verso soluzioni extramurarie

L'istituto della detenzione domiciliare c.d. *umanitaria* o *in deroga* nasce (con la l. 27 maggio 1998, n. 165, c.d. legge Simeone) per rispondere a finalità prettamente assistenziali e umanitarie, e si caratterizza per una indubbia *polifunzionalità*, poiché consente il mantenimento di una forma di controllo, attraverso modalità compatibili con le condizioni di salute del reo; così permettendo di contemperare le esigenze terapeutiche del singolo con le esigenze di sicurezza della collettività.

In questi termini, la questione in commento sembra riecheggiare la vicenda di un altro istituto, che è stato, ed è tuttora, un prezioso e malleabile strumento nelle mani dei giudici: la libertà vigilata. Proprio la giurisprudenza, a partire dagli anni '80, ne ha sfruttato la duttilità per ovviare al rigido automatismo del codice Rocco, che per i rei infermi di mente prevedeva sempre e comunque la misura di sicurezza dell'internamento<sup>17</sup>: i magistrati di sorveglianza hanno iniziato ad applicare la libertà vigilata, riempita di prescrizioni a carattere terapeutico, al fine di soddisfare al contempo le istanze di difesa sociale e il bisogno di cure, nell'ottica della sussidiarietà della misura detentiva; e, analogamente a quanto avvenuto oggi, anche in quella occasione la Consulta, con [sentenza n. 253/2003](#), ha dato il suo *placet* a tale soluzione di 'compromesso', indicando nella libertà vigilata c.d. terapeutica la misura da preferire rispetto all'o.p.g. quando fosse in grado di garantire un equilibrio tra «*due polarità [...]collegate e non scindibili*»<sup>18</sup> come il diritto della persona alla cura e la tutela della sicurezza. Da subito è stato affermato che con questa pronuncia – che ha rappresentato e rappresenta ancora la 'stella polare' per il trattamento degli infermi di mente autori di reato – la Corte costituzionale ha inaugurato un «*diritto mite*», determinando il «*passaggio da un "diritto per regole" a un "diritto per principi" fortemente esposto alla pressione dei casi della vita*»<sup>19</sup>, in cui il giudice gioca un ruolo determinante: si potrebbe osservare che la pronuncia costituzionale in commento - e con lei l'anticipatrice ordinanza di Messina - si inserisce in questo solco, poiché ha fatto appello ai *principi* fondamentali per proporre una soluzione *mite* onde scongiurare quella che, seguendo la *summa lex*, si sarebbe risolta in una *summa iniuria*.

<sup>16</sup> Si tratta delle prescrizioni di cui all'art. 284 c.p.p.

<sup>17</sup> Cfr. L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1993, 622.

<sup>18</sup> Cfr. [Corte cost., sent. 18 luglio 2003 n. 253](#), *Considerato in diritto*, punto 2.

<sup>19</sup> T. GROPPI, *La sentenza 253/2003: la Corte e il "diritto mite"*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 20 luglio 2003.

#### 4.2. *Il reo diventato folle: un malato come gli altri*

La sentenza in commento rivestirà un importante ruolo-guida rispetto alla ormai ineludibile parificazione normativa dei detenuti sofferenti psichici rispetto a quelli affetti da infermità fisiche, in ossequio ai principi basilari del nostro ordinamento, e in linea con il panorama sovranazionale, in cui le disposizioni e le pronunce che tutelano la salute mentale sono – giustamente – «*the mirror image*»<sup>20</sup> di quelle che tutelano la salute fisica. È pacifico, infatti, che “*tutela della salute*” non significa più, banalmente, “*cura delle malattie*”, secondo la obsoleta visione organicistica, ma ha una latitudine ben più ampia, indicando uno «*stato di completo benessere fisico, psichico e sociale*»<sup>21</sup>. Se così è, l’abbandono *sine cura* di un soggetto mentalmente disturbato in un ambiente (ulteriormente) pregiudizievole per l’equilibrio psichico, come quello del carcere, segna l’inadeguatezza della legislazione italiana rispetto al divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 Cedu), all’insegna di un grave arretramento di civiltà; tale da configurare, altresì, una violazione dell’art. 2 Cedu, ai sensi del quale il diritto alla vita «è *protetto dalla legge*»: proprio la peculiare insofferenza del detenuto infermo psichico rispetto al regime carcerario sfocia, notoriamente, in frequenti tentativi suicidari.

La sentenza in commento, dunque, inietta finalmente una cospicua e salutare dose di umanità e civiltà nel nostro sistema penitenziario.

#### 4.3. *Dalla teoria alla pratica: le questioni (vecchie e nuove) ancora da districare*

Com’è normale che sia, la sentenza in esame lascia insoluti alcuni problemi e ne determina dei nuovi, imponendo all’interprete e al Legislatore rinnovate riflessioni.

Il primo aspetto problematico riguarda l’accesso del detenuto al beneficio *de quo*: sebbene la Consulta abbia indicato dei parametri in base ai quali il giudice deve valutare le singole situazioni, nondimeno, per salvaguardare in concreto le esigenze di sicurezza e di uguaglianza, le – pur necessariamente discrezionali – valutazioni dei giudici dovrebbero innestarsi su una base sufficientemente solida, che ancori la definizione di *grave infermità psichica incompatibile con la detenzione in carcere* a prestabilite caratteristiche degli istituti di pena, oltre che a determinate evidenze medico-scientifiche, indici comportamentali e dati empirici, il più possibile obiettivi, onde evitare un abuso dell’istituto<sup>22</sup>.

Sul punto dell’accesso si aggroviglia un ulteriore nodo. Tra i parametri di cui il giudice deve tener conto, la Consulta annovera le “*condizioni sociali e familiari*” del detenuto: in effetti, un contesto adeguato ad accogliere un malato di mente che ha commesso dei delitti è l’*humus* indispensabile per far fruttare le prescrizioni imposte dal magistrato. Nondimeno, nelle pieghe di questo criterio potrebbe annidarsi una disparità di trattamento – ancorché non immediatamente percepibile – basata proprio sul contesto familiare e sociale di provenienza del reo: l’eventualità che tali condizioni ‘situazionali’ possano risultare ostative, in modo determinante, alla detenzione in luogo esterno, rievoca istantaneamente – *mutatis mutandis* – le storie dei tanti, troppi, *ergastolani bianchi* che restavano in

<sup>20</sup> L’espressione è usata in Commentary on Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, in European Prison Rules, Council of Europe, June 2006, 44, con riferimento alla *rule 12*, rispetto alla *rule 11*. Infatti, preziosi indirizzi per garantire una tutela adeguata alle persone ristrette, provengono dalle *European Prison Rules* (in particolare, si occupa della salute mentale le *rule 47*), nonché dalle c.d. *Mandela Rules*, le *Regole Minime delle Nazioni Unite per il trattamento dei detenuti*, approvate nel 2015 (in particolare, si segnalano le *rules 2.2, 5, 11, 24, 25, 27, 30, 31, 33, 39.3, 75.3, 76.2, 78, 90, 93.2, 109, 110*).

<sup>21</sup> Così veniva definita la salute, già nel lontano 1946, dall’*Organizzazione Mondiale della Sanità*, affermando che «*il godimento del miglior stato di salute raggiungibile costituisce un diritto fondamentale di ogni persona*»: cfr. *Preambolo della Costituzione dell’Organizzazione Mondiale della Sanità*.

<sup>22</sup> Diventa, a questo punto, fondamentale, onde evitare un accesso indiscriminato alla detenzione domiciliare in deroga, fornire altresì gli strumenti per ‘decodificare’ correttamente gli atteggiamenti dei detenuti, distinguendo i reali sintomi di una irrimediabile incompatibilità con il carcere, dai meri comportamenti di protesta o non collaborativi (quali il rifiuto delle cure, o i gesti ‘moderatamente’ autolesionistici) artatamente posti in essere per l’ottenimento del beneficio (cfr. G. DI ROSA, *Le solitudini in carcere. Il detenuto malato e il detenuto straniero: dialogo a tre voci*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 5 luglio 2018, 5).

OPG essenzialmente per una mancanza di alternative extramurarie<sup>23</sup>. Il rischio – tutt'altro che remoto – è che i detenuti provenienti da ambienti degradati vadano a configurare una categoria di malati di 'serie B', che difficilmente riuscirà a beneficiare dell'opportunità offerta dalla Consulta. In effetti, l'istituto della detenzione domiciliare si è sempre caratterizzato per generare questo tipo di disparità, esasperando il meccanismo di selezione sociale del carcere: inapplicabile a chi non dispone di un domicilio idoneo, l'art. 47-ter o.p., tradizionalmente, finisce per consentire un trattamento di favore ai rei più facoltosi<sup>24</sup>; e in presenza di una malattia mentale, l'abbandono e la solitudine non possono che aumentare, dal momento che alle difficoltà squisitamente sociali ed economiche facilmente si accompagna un atteggiamento scarsamente partecipativo dei familiari, incapaci di gestire un congiunto affetto da una grave patologia psichica, che si è reso autore di gravi delitti (per giunta, a volte, proprio tra le mura domestiche). A tal proposito, si consideri ancora che la detenzione domiciliare pone un problema di compatibilità con l'art. 27 co. 1 Cost., in quanto la pena investe direttamente il nucleo familiare: anche questo problema viene esacerbato dalla presenza di una malattia di mente.

Insomma, *rebus sic stantibus*, accanto ai rei folli che sconteranno la pena nel confortevole (o meno disagiata) ambiente casalingo, sembra si debba prefigurare che tanti altri detenuti, in analoghe condizioni psichiche, continueranno a vivere in sordina la loro incompatibilità con il carcere, dimenticati nelle celle ordinarie o abbandonati a regimi di sorveglianza spesso fittizi, o comunque amplificatori del disagio mentale, incapaci di far valere i propri diritti per la mancanza di un apparato familiare e sociale su cui poter contare, cui lo Stato dovrebbe supplire, pena la violazione dell'obbligo di cui all'art. 3 Cedu.

D'altro canto, è pur vero che stigmatizzare eccessivamente questo aspetto significa segnare un punto in più a favore del monopolio del carcere, inattuabile – almeno in teoria – sotto il profilo dell'uguaglianza tra i condannati<sup>25</sup>. Anche e soprattutto per gli infermi socialmente ed economicamente più svantaggiati, quindi, appare improcrastinabile definire a livello legislativo delle apposite misure e strutture, in ottemperanza al suesposto monito della Corte.

In proposito, vengono al pettine i nodi inerenti il momento squisitamente esecutivo.

La Consulta fa riferimento all'«attenta individuazione del luogo di detenzione» e definisce di «fondamentale rilievo» la possibilità di eseguire la detenzione domiciliare anche in «luogo pubblico di cura o assistenza o accoglienza», alludendo, evidentemente, alle migliori potenzialità terapeutiche che una struttura sanitaria può offrire. Sarebbe opportuno, però, considerare anche un altro aspetto: la commistione tra malati di mente autori di reato e non, pericolosi e non, comporta, nella quotidianità, difficoltà non di poco conto per le strutture sanitarie, chiamate ad applicare il ben diverso regime che richiede la gestione dei pazienti giudiziari. Si prenda in considerazione una Comunità Terapeutica Assistita, indicata dalla commentata ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Messina quale luogo per l'esecuzione della disposta detenzione, che, tipicamente, è anche il luogo in cui hanno l'obbligo di dimorare gli infermi di mente in libertà vigilata, soluzione particolarmente in voga per ovviare al problema del superamento del periodo massimo di ricovero in REMS e, in generale, per evitare lo stesso ricovero, ricorrendo, quando possibile, ad una misura non detentiva secondo quanto prescritto dalla L. n. 81/2014. Ora, la CTA presuppone – o presupporrebbe – un'adesione al trattamento, ma, in realtà, la presenza di soggetti pericolosi autori di reato, costringe gli operatori ad adottare cautele che

---

<sup>23</sup> Si ricorda che proprio per scongiurare questi epiloghi il legislatore del 2014 (cfr. art. 1, c. 1 lett. b, d.l. 52/2014), in tema di malati di mente non imputabili, ha riformato il giudizio di pericolosità sociale basandolo sulle sole «qualità soggettive della persona», con espunzione delle *condizioni di vita individuale, familiare e sociale* di cui all'art. 133, c. 2, n. 4, c.p., statuendo che «non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali».

<sup>24</sup> Cfr. C. PERINI, *Prospettive attuali dell'alternativa al carcere tra emergenza e rieducazione*, in *Dir. pen. cont.* 4/2017, 84; G. DI ROSA, *Le solitudini in carcere* cit., 6.

<sup>25</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Dir. pen. cont.* 4/2017, 9.

non sono proprie di una CTA, sicché, nella prassi, si viene ad assottigliare sempre più la differenza tra le strutture custodiali e quelle che dovrebbero essere strutture meramente sanitarie<sup>26</sup>.

Un ulteriore nodo, inerente l'esecuzione, riguarda la finalità rieducativa, sempre più esposta ad essere considerata un'«*utopia*»<sup>27</sup> per tutto l'universo penitenziario. Sarebbe ingenuo pensare che la mera espiazione della pena per l'infermo di mente nelle forme della detenzione domiciliare sia, di per sé sola, garanzia di un trattamento conforme a Costituzione: è ben possibile, infatti, che anche tra le mura domestiche (o tra quelle di una struttura sanitaria) la pena si risolva in un custodialismo sterile e sia connotata dai tipici effetti desocializzanti, che si rivelano particolarmente dannosi e antiterapeutici per i soggetti affetti da patologie psichiatriche. Per giunta, si consideri che proprio la detenzione domiciliare, notoriamente, non brilla per opportunità di reinserimento sociale, anzi sembra offrire ben poco sul piano dell'offerta trattamentale<sup>28</sup>, atteso che il legislatore si è limitato ad elencare una serie di restrizioni attinenti le mere modalità esecutive (mutuandole, peraltro, da una misura cautelare), senza modellare la misura sulle esigenze rieducative<sup>29</sup>. La partita, dunque, si gioca sul terreno delle prescrizioni, ed è dominata dal magistrato di sorveglianza. In linea con la *ratio* dell'istituto di tutelare la salute del reo, dovranno avere un ruolo preponderante le prescrizioni inerenti la cura, segnatamente, l'obbligo di intraprendere un programma terapeutico presso i Dipartimenti di salute mentale (DSM), i quali necessitano urgentemente di essere potenziati per non vanificare qualsivoglia intervento legislativo o giudiziario. Dovrebbero poi accompagnarsi altre prescrizioni dal contenuto emancipante, tali da assicurare al malato ristretto quel *training* sociale necessario, innanzitutto, per il successo della terapia farmacologica, nonché – e questo vale per tutti i condannati – per il reingresso nella società libera, sul presupposto che gli esseri umani sono più inclini ad adeguarsi alle regole sociali in virtù dell'interazione con altri soggetti che non in forza di contropunte deterrenti<sup>30</sup>. Quanto più le prescrizioni saranno 'personalizzate', ed elaborate 'su misura' per il caso concreto, tanto più saranno alte le probabilità di successo del progetto rieducativo, ma, nondimeno, per assicurare un'ottimale funzionalità dell'istituto, e, soprattutto, una sua uniformità di applicazione sul territorio nazionale, sembrerebbe opportuno – pur lasciando ampia discrezionalità al giudice – fissare dei punti cardine a livello legislativo, per strutturare l'esecuzione della pena in modo proficuo e gratificante, in ossequio al principio di legalità<sup>31</sup> e delineare – prevedendo appositi protocolli –

---

<sup>26</sup> Mentre nella REMS l'internato è soggetto a poteri coercitivi, per cui in caso di evasione sarà riportato in REMS dalle forze dell'ordine; il libero vigilato non è – o non dovrebbe essere – soggetto a poteri coercitivi, per cui se si allontana, violando l'obbligo di permanenza in CTA, non può esservi riaccompagnato coattivamente (su questa distinzione cfr. Trib. sorv. Torino, ord. 17.10.2018), ma dovrebbe essere ammessa solo quell'opera persuasiva che un uomo in divisa può esercitare nei confronti del malato di mente, convincendolo a rientrare in Comunità. Questa soggezione ai poteri coercitivi si manifesta anche nella possibilità di somministrare coattivamente la terapia farmacologica, alla stregua di un TSO, essendo la REMS – come l'OPG – un trattamento permanentemente applicabile: la misura di sicurezza, cioè, contiene *in re ipsa* l'autorizzazione all'esecuzione delle cure (ma sul punto si registrano opinioni e protocolli non ben delineati). Invero, nella pratica REMS e CTA appaiono del tutto simili, e collocando in una CTA anche un malato che ha lo *status* giuridico di detenuto, le cose non possono che complicarsi, trattandosi di un soggetto che di certo non può non essere sottoposto a poteri coercitivi.

<sup>27</sup> Così rileva E. DOLCINI, *Il principio della rieducazione del condannato: ieri, oggi, domani*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, 1667-1692.

<sup>28</sup> Sul punto, v. M. PELISSERO, *La detenzione domiciliare: i vantaggi in chiave deflattiva e il problema dell'offerta trattamentale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2/2016, 733 ss.

<sup>29</sup> Cfr. G. TORRENTE, *Il sistema dell'esecuzione delle pene e il nuovo protagonismo del carcere*, in [Diritto Penale Uomo](#), 2 aprile 2019, 11.

<sup>30</sup> Cfr. M.B. MAGRO, *Neuroscienze e teorie ottimiste della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2018, 180.

<sup>31</sup> Cfr. M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, 1693-1719. L'A. fa leva sul principio di stretta legalità e denuncia un atteggiamento di «*arbitrio*» della magistratura di sorveglianza relativamente «*alla "gestione" concreta delle "misure alternative"*», ritenendo che debba essere invece la legge a prevedere, «*una volta per tutte*» in via «*generale*», «*astratta*» e «*predeterminata*» forme di esecuzione progressiva della pena: cfr. 1710-1711.

percorsi graduali che coinvolgano tutte le istituzioni interessate (in particolar modo i DSM) senza accollare l'intero peso delle scelte e dell'intervento alla sola Magistratura di Sorveglianza<sup>32</sup>.

Dunque, l'imposizione di apposite prescrizioni rappresenta il cuore pulsante della misura, che ne determinerà il successo o il fallimento. A tal proposito, si pone un ulteriore nodo problematico: *quid iuris* in caso di violazione delle prescrizioni?

Il comma 6 dell'art. 47-ter o.p. prevede la revoca della detenzione domiciliare «*se il comportamento del soggetto, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, appare incompatibile con la prosecuzione delle misure*»<sup>33</sup>. In effetti, l'imposizione di prescrizioni senza la possibilità di disporre la sanzione tipica, ossia la revoca, in caso di violazioni, determinerebbe un sistema sbilanciato verso il reo a discapito del Tribunale di Sorveglianza, che perderebbe di 'credibilità' insieme alle sue statuizioni, il che, evidentemente, vanificherebbe la finalità curativa e rieducativa dell'istituto. Nondimeno, per garantire la tutela della salute quale bene primario e incomprimibile, non sembra irragionevole chiedersi se sia giusto, pur in caso di violazioni e incompatibilità con il beneficio *de quo*, far ritornare il malato in carcere, ossia in un luogo che aggrava la sua malattia (potenzialmente, anche fino alla morte, essendo il suicidio un epilogo frequente in tali casi), o se non si debba piuttosto escludere questa evenienza in ragione della peculiarità e della delicatezza di tale nuova fattispecie rispetto alle altre ipotesi di detenzione domiciliare.

Infine, resta il nodo più difficile da sciogliere. La Consulta, dopo avere delineato un quadro compatibile coi valori costituzionali, conclude con una sorta di 'avvertimento': «*ciò non può accadere se il giudice ritiene prevalenti nel singolo caso le esigenze della sicurezza pubblica*». Per questa ipotesi, dunque, rischia di permanere la disparità di trattamento tra gli infermi di mente non imputabili, che vengono ricoverati in una struttura sanitaria, e quelli imputabili, che, se pericolosi, sono destinati a rimanere in carcere, pur essendo ugualmente malati, anche se «*impazzire prima o dopo non è una causa imputabile al reo tale da giustificare un trattamento diseguale*»<sup>34</sup>. È inevitabile allora chiedersi: è giusto comprimere la tutela della salute in nome di – pur significative – istanze di difesa sociale? È giusto ritenere queste ultime «*prevalenti*»? Alla luce delle considerazioni sinora svolte non sembra si possa rispondere positivamente a questa domanda...anzi, la stessa Corte – nella già citata fondamentale [sentenza n. 253/2003](#) – aveva fornito una risposta inequivocabilmente negativa, avendo statuito che «*le esigenze di tutela della collettività non potrebbero mai giustificare misure tali da arrecare danno, anziché vantaggio, alla salute del paziente*»<sup>35</sup>. Dunque, se un condannato malato deve necessariamente, per la tutela della pubblica sicurezza, rimanere in carcere, quanto meno è necessario assicurargli una cura adeguata, possibilmente di livello non inferiore a quello assicurato ai non imputabili nelle REMS, onde evitare di relegare la salute ad una variabile dipendente del prevalente mandato custodiale.

Insomma, proprio nelle ultime battute, la sentenza in commento riporta bruscamente alla realtà: questo 'avvertimento' sull'impossibilità di applicare il beneficio in parola in talune ipotesi, dovrebbe indurre a riflettere circa l'urgenza di predisporre soluzioni efficaci per i casi in cui la pericolosità del reo sia tale da rendere inopportuno il ricorso a misure extramurarie. Il che porta, inevitabilmente, a sottolineare che anche nel nuovo sistema del trattamento del reo (divenuto) folle emergerà il tema, davvero ineludibile, del «*giudizio di pericolosità*». Sono note le criticità di tale prognosi, non ancorata a parametri scientificamente riconosciuti: invero, stante l'unicità e l'irripetibilità delle caratteristiche di ogni essere umano (c.d. fattori intrinseci), nonché tenuto conto delle diverse variabili ambientali

---

<sup>32</sup> Nella direzione di una sinergia interistituzionale insiste anche il Consiglio superiore della magistratura, puntualmente intervenuto sul problema della sorte degli infermi di mente autori di reato dopo la chiusura degli OPG con due risoluzioni, rispettivamente del 17 aprile 2017 e 24 settembre 2018; v. B. SECCHI – A. CALCATERRA, *La nuova risoluzione del CSM in tema di misure di sicurezza psichiatriche*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 5 novembre 2018.

<sup>33</sup> Anche in questo caso non vi sono automatismi, ma la valutazione circa la sussistenza o meno della suddetta incompatibilità è rimessa all'apprezzamento del Tribunale di sorveglianza.

<sup>34</sup> Così G. VASSALLI, *Fine poco gloriosa di una norma poco civile*, in *Giust. pen.*, 1/1975, 2033, commentava la [sent. 146/1975](#) con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 148 c.p. nella parte in cui non prevedeva che il periodo trascorso in OPG fosse computato nel periodo di pena.

<sup>35</sup> [Corte cost. sent. 18 luglio 2003 n. 253](#), *Considerato in diritto*, punto 2.

che lo condizionano (c.d. fattori estrinseci), la prevedibilità dei suoi comportamenti non può essere ingabbiata in schemi rigidi, alla stregua di un fenomeno naturalistico<sup>36</sup>. Piuttosto, si suole affermare che trattasi di una sorta di *predizione* che avrebbe la stessa attendibilità del responso di un *indovino* o del *lancio di una moneta*<sup>37</sup>: in altre parole, per il giudice che si accinge a formulare una tale prognosi, le probabilità di fare la scelta giusta sarebbero uguali a quelle di un eterno indeciso che affida le sue scelte ad un ‘testa o croce’. In effetti, al di là delle critiche iperboliche, è innegabile che si tratta di un giudizio «*dai piedi d’argilla*»<sup>38</sup>, estremamente discrezionale, che può prestarsi - in maniera ben poco controllabile - ad applicazioni inflessibilmente securitarie, nel segno di considerazioni, ampiamente emotive, perlopiù improntate alla rassicurazione della collettività<sup>39</sup>. Non è questa la sede per addentrarsi in tale annosa questione, ma sembra tuttavia necessario che le future applicazioni e le future scelte legislative tengano debitamente conto della cedevolezza della nozione di pericolosità e quindi dei rischi, per la salute e le libertà, che il ricorso ad essa inevitabilmente porta con sé.

## 5. Conclusioni.

Al termine di questa breve disamina non si può non rilevare con amarezza che nel sistema penitenziario l’infermo di mente è e rischia di rimanere «*l’unico malato che non ha diritto di essere malato*»<sup>40</sup>, secondo una visione miope che non coglie come la *cura* rappresenti non solo un diritto fondamentale della persona, ma, al contempo, anche la miglior forma di intervento specialpreventivo.

L’ultima riforma – o presunta tale – ignorando interessanti proposte e studi, ha apportato al sistema esecutivo penale solo interventi di tipo ‘cosmetico’, senza toccare i punti nevralgici: in particolare, il reo infermo di mente, già ingiustamente pretermesso dalla riforma psichiatrica del ’78, dopo ben 40 anni, è stato illogicamente estromesso anche dalla riforma sanitaria penitenziaria.

Ecco allora che la pronuncia costituzionale commentata deve essere proficuamente utilizzata come *input* per far rivivere quelle misure<sup>41</sup> prima concepite con tanta dedizione da esperti di varia estrazione e poi impietosamente abortite dal legislatore delegato.

---

<sup>36</sup> Cfr. U. FORNARI, *Trattato di Psichiatria Forense*, Torino, 2004, 39.

<sup>37</sup> Cfr. G. DELL’OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985, 143; nonché O. GRECO – R. CATANESI, *Malattia mentale e giustizia penale. La percezione sociale della malattia mentale e della pericolosità del malato di mente*, Milano, 1988, 81.

<sup>38</sup> M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 107.

<sup>39</sup> Com’è noto, *in subiecta materia* si sta progressivamente imponendo il dibattito sulle neuroscienze, sofisticate tecniche di *neuroimaging* che, attraverso la visualizzazione di determinate aree del cervello, individuate come sedi deputate al controllo degli impulsi o dei comportamenti violenti, promettono di conferire oggettività e scientificità alle perizie, statuendo correlazioni tra disfunzioni cerebrali e comportamenti antisociali. Nello specifico, in tema di pericolosità sociale e predizione della recidiva, si propone l’analisi dell’amigdala e della corteccia frontale, le quali presenterebbero particolari caratteristiche negli individui che manifestano un comportamento criminale persistente. Il condizionale è d’obbligo, trattandosi di un settore ancora incerto, un vero e proprio campo minato, che anzi desta non poche riserve, rischiando di riecheggiare – in maniera non troppo celata – teorie criminogenetiche di lombrosiana memoria, che portino ad etichettare irreversibilmente un individuo come *uomo delinquente* (sul punto, cfr. U. CASTIELLO *et al.*, *Le capacità giuridiche alla luce delle neuroscienze*, Memorandum Patavino, in [Diritto penale contemporaneo](#), 9 ottobre 2015, 7; I. MARZAGORA BETSOS, *Il colpevole è il cervello: imputabilità, neuroscienze, libero arbitrio: dalla teorizzazione alla realtà* in *Riv. it. med. leg.* 1/2011, 186; nonché U. FORNARI, *Le neuroscienze forensi: una nuova forma di neopositivismo?*, in *Cass. pen.*, 2012, *passim*).

<sup>40</sup> N. VASCON, *Introduzione documentaria*, in F. BASAGLIA (a cura di), *L’istituzione negata. Rapporto da un ospedale psichiatrico*, Torino, 1974, 15.

<sup>41</sup> Cfr. F. DELLA CASA, *L’urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell’era della riscoperta centralità del carcere*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 25 giugno 2018, *passim*. In particolare, si richiama (*ivi*, 9) quell’indirizzo secondo cui le norme di una Legge Delega inattuata sarebbero suscettibili di autonoma applicazione, purché non eccessivamente astratte. Tale indirizzo si rifà alla [sent 224/1990 della Corte costituzionale](#), la quale ha affermato: «*Sotto il profilo del contenuto, essa [la legge delega] è un vero e proprio atto normativo, nel senso che è un atto diretto a porre, con efficacia erga omnes, norme (legislative) costitutive dell’ordinamento giuridico: norme che hanno la particolare struttura e l’efficacia proprie dei <principi> e dei <criteri direttivi>, ma che, per ciò stesso, non cessano*

In ogni caso, come dimostrano i provvedimenti appena analizzati, le nuove idee sono auspicabilmente destinate a penetrare comunque nel nostro ordinamento a colpi di giurisprudenza (verosimilmente anche attraverso nuovi interventi della Consulta, che, soprattutto di recente, si è mostrata particolarmente sensibile alle problematiche del carcere<sup>42</sup>), e ciò almeno fino a quando nei confronti dei sofferenti psichici non si mostri «*dolce, indulgente, umano il legislatore*»<sup>43</sup>.

---

*di possedere tutte le valenze tipiche delle norme legislative (come, ad esempio, quella di poter essere utilizzate, a fini interpretativi, da qualsiasi organo o soggetto chiamato a dare applicazione alle leggi)». Invero, questa eventualità sembra doversi escludere, atteso che la Consulta, come si è visto, ha apertis verbis negato l'utilizzo a fini interpretativi, di un inciso della l. n 103/2017, argomentando: «si tratta infatti di una delle previsioni della delega a cui non è stata data attuazione». Auspica il recupero del progetto anche Magistratura democratica: cfr. *Mozione di Magistratura Democratica su pena e carcere* adottata in occasione del XXII Congresso Nazionale, Roma 1-3 Marzo 2019, in [Diritto penale contemporaneo](#), 7 marzo 2019.*

<sup>42</sup> Si pensi alle sentt. [149/2018](#) e [186/2018](#), rispettivamente in materia di ergastolo ostativo e carcere duro; inoltre, si consideri che nell'ottobre 2018 i giudici costituzionali hanno visitato 7 carceri per incontrare i detenuti e spiegare loro la Costituzione (cfr. il film di F. CAVALLI, *Viaggio in Italia: la Corte costituzionale nelle carceri*; nonché D. STASIO, *Un "Viaggio" per testimoniare che la Costituzione è di tutti*, in [cortecostituzionale.it](#), 26 settembre 2018).

<sup>43</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Roma, 2012, 88.



**Marco Galdi**

**Il limite del doppio mandato e la “democrazia dei cittadini”  
(riflessioni a margine di Corte cost. sent. 10 luglio 2019, n. 173)**

SOMMARIO: 1. Torna alla ribalta delle cronache il limite del doppio mandato: la Corte costituzionale lo fa salvo per i componenti dei consigli degli ordini circondariali forensi ([sent. 10 luglio 2019, n. 173](#)) mentre il Movimento Cinque Stelle lo ridiscute. – 2. La *ratio* del limite dei mandati muta a seconda del contesto in cui opera: dal costituzionalismo degli antichi alle odierne strategie anticorruzione. – 3. (*segue*) Ulteriore riprova della disomogeneità nella *ratio* dell’istituto: dall’esigenza di assicurare uguaglianza nelle *chance* di ricoprire incarichi pubblici (art. 51 Cost.) alla tutela della “libertà” del voto (art. 48, comma 2, Cost.). – 4. In particolare: le ragioni ideologiche (e strumentali) a fondamento del limite del doppio mandato per i parlamentari. – 5. Dopo la riduzione del numero dei parlamentari, si può giustificare anche la previsione costituzionale del limite dei mandati, purché sia garantito il metodo democratico nell’organizzazione interna dei partiti.

*1. Torna alla ribalta delle cronache il limite del doppio mandato: la Corte costituzionale lo fa salvo per i componenti dei consigli degli ordini circondariali forensi ([sent. 10 luglio 2019, n. 173](#)) mentre il Movimento Cinque Stelle lo ridiscute*

Due recenti episodi hanno riportato all’attenzione dell’opinione pubblica il tema del limite del doppio mandato: con la [decisione n. 173 del 10 luglio 2019](#), la Corte costituzionale ha giudicato circa la conformità a Costituzione del divieto per i componenti dei consigli degli ordini circondariali forensi, che avessero già svolto due mandati, di candidarsi nuovamente alla carica<sup>1</sup>; all’incirca contestualmente, si è svolto un dibattito all’interno dei Cinque Stelle - che ha avuto un’ampia eco sui mezzi di comunicazione - circa il superamento del divieto per gli eletti del Movimento politico di candidarsi anche dopo lo svolgimento del secondo mandato<sup>2</sup>.

Evidentemente, si tratta di due casi molto diversi di applicazione dell’istituto, che solo per caso sono simultaneamente balzati agli onori delle cronache.

Nel primo caso, la Corte ha escluso i vizi di legittimità costituzionale prospettati con due ordinanze dal Consiglio nazionale forense, relativi rispettivamente all’art. 3, comma 3, della l. 12 luglio 2017, n. 113, nei cui ultimi allinea si prevede che “(...) i consiglieri non possono essere eletti per più di due mandati consecutivi. La ricandidatura è possibile quando sia trascorso un numero di anni uguale agli anni nei quali si è svolto il precedente mandato”; nonché al comma 1 dell’art. 11- *quinquies* del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, così come introdotto dalla legge di conversione 11 febbraio 2019, n. 12, per il quale “l’articolo 3, comma 3, secondo periodo, della legge 12 luglio 2017, n. 113, si interpreta nel senso che, ai fini del rispetto del divieto di cui al predetto periodo, si tiene conto dei mandati espletati, anche solo in parte, prima della sua entrata in vigore, compresi quelli iniziati anteriormente

---

<sup>1</sup> Analizza la fattispecie, in attesa della decisione della Corte, A. CELOTTO, [Il doppio mandato degli avvocati di fronte alla Corte costituzionale](#), in questa [Rivista, Studi 2019/II](#), 282.

<sup>2</sup> A. FERRIGOLO, *Il limite dei due mandati non si tocca. Casaleggio avverte Di Maio*, in [AGI Politica](#) del 23 maggio 2019, in cui il quotidiano *on-line* riferisce dell’intervista rilasciata a *Le Monde* da Davide Casaleggio, che frena la proposta di Luigi Di Maio di derogare al limite del doppio mandato; *M5s, cade il tabù del doppio mandato, Lo annuncia Di Maio sul Fatto: ai consiglieri comunali il primo mandato non verrà conteggiato. In una lunga conversazione auspica la galera per chi evade*, in [HuffPost](#) del 12 luglio 2019; *Di Maio lancia il “mandato zero” per i consiglieri comunali. E in rete esplode l’ironia*, in [Il Messaggero](#) di lunedì 22 luglio 2019. Per uno studio dettagliato sull’attuale composizione del Parlamento, dei Consigli regionali e comunali e sull’impatto concreto dell’eliminazione della regola del doppio mandato quantomeno negli enti locali, v. *L’abolizione del limite dei due mandati nel Movimento 5 Stelle*, in [openpolis](#) di martedì 19 marzo 2019. Sul dibattito in corso, v., infine, *Il problema del secondo mandato per il movimento 5 Stelle*, in [Libero](#) di mercoledì 29 maggio 2019.

all'entrata in vigore della legge 31 dicembre 2012, n. 247 (...)", comportando, in via di interpretazione autentica, la retroattività del divieto<sup>3</sup>.

Nonostante le pur significative censure contenute nelle ordinanze di rinvio - e le ulteriori e assai significative invocate in dottrina<sup>4</sup> -, infatti, la Corte intravede nell'istituto un principio generale del nostro ordinamento, di diffusa adozione per gli ordini professionali<sup>5</sup>, ritenendo che rinvenga la sua "essenziale finalità" nell'esigenza "di valorizzare le condizioni di eguaglianza che l'art. 51 Cost. pone alla base dell'accesso «alle cariche elettive».

Uguaglianza che, nella sua accezione sostanziale, sarebbe evidentemente compromessa da una competizione che possa essere influenzata da coloro che ricoprono da due (o più mandati) consecutivi la carica per la quale si concorre e che abbiano così potuto consolidare un forte legame con una parte dell'elettorato, connotato da tratti peculiari di prossimità"<sup>6</sup>.

Nel secondo caso, invece, la previsione del limite del doppio mandato costituisce una sorta di "auto-limite", che dunque non integra una previsione dell'ordinamento generale quanto una scelta peculiare del movimento pentastellato.

Di recente sono stati sottoposti alla base del movimento, sulla c.d. "Piattaforma Rousseau", una serie di quesiti, fra i quali, per quanto qui direttamente ci riguarda, l'introduzione del c.d. "mandato zero", inizialmente previsto per i soli eletti negli enti locali: la formula è stata coniata, evidentemente, per non smentire la scelta che il movimento politico ha in precedenza assunto del divieto di ricandidatura successivamente all'espletamento di due mandati consecutivi, permettendo di considerare il primo mandato come non rilevante ai fini del computo complessivo del periodo di tempo che impedisce la ricandidatura<sup>7</sup>.

E' da attendersi, in ogni caso, che la decisione, assunta formalmente con riferimento agli eletti negli enti locali, sia prodromica al superamento parziale del vincolo anche con riferimento ai parlamentari del movimento, considerato che l'applicazione della regola in modo stringente determinerebbe, altrimenti, l'impossibilità di ricandidarsi, fin dalla prossima legislatura, anche per esponenti di spicco<sup>8</sup>.

D'altronde, che la potenziale rielezione dei parlamentari uscenti risponda anche a logiche più generali, si ricava da diverse ed autorevoli fonti: dalla giurisprudenza costituzionale, che tiene a sottolineare come la posizione della carica esecutiva negli enti locali (per la quale si prevede il limite

---

<sup>3</sup> Sul profilo dell'efficacia intertemporale del limite dei due mandati v. l'analisi di V. TONDI DELLA MURA, *Avvocati. I pasticci incomprensibili sulle elezioni*, in [Nuovo Quotidiano di Puglia](#) di mercoledì 16 gennaio 2019, 1 e 10, nel quale si ricorda come già le Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 32781/2018) avessero argomentato nel senso dell'immediata operatività del limite e come il successivo decreto legge fosse "sostanzialmente inutile (*in claris non fit interpretatio*) eppure emanato dal Governo per far fronte a quell'incertezza interpretativa, derivata dalla pressione corporativa di quegli interessi che, da sola, la regola legislativa non è riuscita a gestire".

<sup>4</sup> A. CELOTTO, [Il doppio mandato degli avvocati di fronte alla Corte costituzionale](#), cit., *passim* ma, in particolare, 284 s., il quale prospetta un contrasto della previsione con gli artt. 1, 3 e 51 Cost. ("per la illegittima limitazione della sovranità e della rappresentanza, in violazione dei canoni democratici su cui si fonda la Repubblica Italiana; e per la illegittima limitazione del diritto di elettorato attivo e passivo"), nonché con gli artt. 18 e 118 Cost. (configurandosi la "lesione della autonomia degli ordini quali forme di sussidiarietà orizzontale": ID. 285). Ma soprattutto oggetto di critica è il profilo diacronico, che ha visto inserire l'interpretazione autentica implicante la retroattività del divieto nella legge di conversione di un decreto legge, che nulla ha da fare con il tema.

<sup>5</sup> V., in particolare, [Corte cost. sent. n. 173/2019](#), al punto 3.1.3.1 del *Considerato in diritto*, dove la Corte si riferisce esplicitamente ad un "principio di portata generale nel più specifico ambito degli ordinamenti professionali".

<sup>6</sup> V., ancora, [Corte cost. sent. n. 173/2019](#), al punto 3.1.3.3 del *Considerato in diritto*, dove si rinviene il fondamento costituzionale dell'istituto negli artt. 3, 24, 51 e 97 Cost.

<sup>7</sup> *Mandato zero: la base 5S dice sì. Ma la percentuale è tra le più basse*, in [Il Dubbio](#) del 27 luglio 2019.

<sup>8</sup> Quali Luigi di Maio e Roberto Fico, ma anche i ministri Alfonso Bonafede, Barbara Lezzi, Danilo Toninelli e Giulia Grillo: cfr. *Com'è la storia della regola dei due mandati*, in [Il Post](#) di domenica 11 agosto 2019.

del mandato) e quella di parlamentare, o comunque di membro del Governo, non sono fra loro omogenee<sup>9</sup>; a documenti internazionali di indubbia autorevolezza<sup>10</sup>.

## *2. La ratio del limite dei mandati muta a seconda del contesto in cui opera: dal costituzionalismo degli antichi alle odierne strategie anticorruzione*

Le applicazioni del limite del doppio mandato appena descritte si presentano *ictu oculi* chiaramente differenti. Sembra interessante, quindi, interrogarsi se sia possibile identificare una *ratio* che le accomuni o comunque operare una valutazione di più ampio respiro che consenta di giustificare la previsione legislativa, tenendo presente d'altro canto il dettato della Costituzione.

Il punto di partenza di questa analisi non può che essere una constatazione essenziale, che cioè non esistono, “sotto il profilo giuridico costituzionale (...) prescrizioni a favore o contro la limitazione dei mandati”, in quanto “nulla, com'è noto si legge al riguardo in Costituzione”<sup>11</sup>. Nel silenzio della Carta, conseguentemente, il legislatore è, “nei limiti della ragionevolezza, libero di limitare i mandati come di non farlo”<sup>12</sup>.

Ad un approccio superficiale, potrebbe quindi apparire superfluo affrontare il tema. D'altronde, sia pure con riferimento ad una carica esecutiva e non di mera rappresentanza, la Cassazione si è espressa per la mancanza addirittura di “dubbi di costituzionalità” rispetto all'art. 51, comma 2, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che vieta la rielezione al terzo mandato consecutivo per i Sindaci ed i Presidenti di Provincia<sup>13</sup>; così la dottrina è tendenzialmente schierata per la conformità a Costituzione

---

<sup>9</sup> [Corte cost., sent. 29 ottobre 1992, n. 407](#), considerato in diritto 3.3., per la quale “in vero, non appare configurabile, sotto il profilo della disparità di trattamento, un raffronto tra la posizione dei titolari di cariche elettive nelle regioni e negli enti locali e quella dei membri del Parlamento e del Governo, essendo evidente il diverso livello istituzionale e funzionale degli organi costituzionali ora citati: ne consegue che, anche a prescindere dalle finalità e dalle motivazioni che hanno ispirato la normativa in esame (...), certamente non può ritenersi irragionevole la scelta operata dal legislatore di dettare le norme impugnate con esclusivo riferimento ai titolari di cariche elettive non nazionali”. Su questa decisione v. M. IACOMETTI, *Sulla ragionevolezza della non candidabilità, per fatto mafioso ed altri reati, al solo livello locale*, in *Le Regioni*, 4/1993, 1084 ss.

<sup>10</sup> COMMISSIONE DI VENEZIA, [Report on democracy, limitation of mandates and incompatibility of political functions. European Commission for democracy through law](#), Strasburgo, 2013, documento adottato dalla “Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto” (Commissione di Venezia) del Consiglio d'Europa in occasione della sua 93a sessione plenaria (Venezia, 14-15 dicembre 2012), dove si perviene a differenti conclusioni. Per i Capi di Stato, il § 71 prevede: “a causa dei rischi per l'equilibrio dei poteri e persino per la democrazia, in quanto tale coinvolta nella possibilità per chi abbia già ricoperto la carica di essere rieletto più di una volta, la Commissione di Venezia ribadisce il suo approccio critico nei confronti delle disposizioni costituzionali che consentono più di una rielezione del Capo dello Stato nei sistemi presidenziali o semi - presidenziali”. Per i parlamentari, invece, il § 72 prevede: “al contrario, proibire la rielezione dei parlamentari comporta il rischio di un potere legislativo con prevalenza di politici inesperti. Ciò può comportare un aumento dello squilibrio a favore dell'esecutivo, anche se il Capo dello Stato e i ministri non sono rieleggibili, poiché l'esecutivo è spesso più lontano da una logica di servizio pubblico”. Il documento si segnala soprattutto per l'analisi comparata relativa al tema del limite dei mandati e per l'ampia bibliografia in lingua inglese, cui si rinvia. In particolare, nei §§ da 28 a 71, si analizzano i “riferimenti teorici alla limitazione del mandato e il diritto alla rielezione dei titolari di funzioni politiche”; “la storia e la disciplina e la pratica contemporanea relativa alla limitazione del mandato”, “gli aspetti costituzionali e legali della limitazione dei mandati e del diritto alla rielezione dei Capi di Stato”. In generale sul ruolo della “Commissione di Venezia” v. F. DURANTI, *La Commissione di Venezia e il diritto comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2017, 243 ss.

<sup>11</sup> C. FUSARO, *Il limite al numero dei mandati. Esperienza italiana e modello americano*, in *Le istituzioni del federalismo*, 3-4/2001, 795.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> [Cassazione civile, Sez. I, 20 maggio 2006, n. 11895](#).

del limite del secondo mandato, tanto con riferimento al Sindaco ed al Presidente della Provincia<sup>14</sup>, quanto con riferimento al Presidente della Regione<sup>15</sup>.

Applicarsi nel ricercare la *ratio* (come si vedrà, *rectius*: le *rationes*) dell'istituto, tuttavia, non è operazione superflua: perché se indubbiamente esiste in questa materia una discrezionalità del legislatore, essa incontra sempre il limite della ragionevolezza; e la ragionevolezza implica sì la comparazione fra fattispecie analoghe o difformi, ma si concreta in un bilanciamento che valuti comparativamente dette fattispecie in ragione della maggiore o minore aderenza a principi, che determinano la prevalenza dell'una o dell'altra soluzione<sup>16</sup>. Basti, a riprova di questo assunto, richiamare un passaggio della sentenza qui in commento, allorché la Consulta, accanto all'art. 51, affianca ulteriori parametri costituzionali, identificati negli articoli 3, 24 e 97 Cost., quali “valori (...) che la disposizione censurata tutela in termini di ragionevolezza e proporzionalità, attesa la già sottolineata temporaneità (per una sola tornata) della descritta ipotesi di incandidabilità”<sup>17</sup>.

Si tratta, quindi, di individuare questi valori, che si presentano come altrettante giustificazioni del limite dei mandati<sup>18</sup>.

Preliminarmente si deve constatare come non sia possibile una considerazione unitaria: altro è, come si è visto, il caso in cui il limite sia posto a cariche meramente rappresentative ed altro quello in cui sia posto a cariche esecutive<sup>19</sup>; altro è, ad esempio, che sia posto con riferimento alla carica esecutiva negli enti locali (per la quale si prevede il limite del mandato) ed altra che venga posto alla carica di parlamentare o comunque di membro del Governo<sup>20</sup>; parimenti altro è il caso in cui il limite sia previsto per i componenti dei consigli degli ordini professionali, altro che sia posto per il Sindaco

---

<sup>14</sup> T. E. FROSINI, *Elezione diretta dei Sindaci e limitazione del mandato*, in *Quad. cost.*, 2/2001, 355 ss. L'Autore esclude, in particolare, il contrasto fra la previsione del limite dei mandati e il principio supremo della sovranità popolare: “non vi è nessuna forma di limitazione ed impedimento dell'esercizio della sovranità popolare: primo, perché questa deve essere definita e limitata altrimenti non è sovranità popolare; secondo, perché l'esercizio della sovranità popolare non riguarda la persona, ovvero il soggetto da eleggere, ma piuttosto il metodo per eleggere, che deve essere a suffragio universale”.

<sup>15</sup> L. CASTELLI, *Profili costituzionali del terzo mandato dei Presidenti di Regione*, in *Le Regioni*, 3-4/2009, 489 ss. ove si analizza la ragionevolezza della l. 2 luglio 2004, n. 165 che, nel definire i principi fondamentali in materia di elezioni regionali e di ineleggibilità e incompatibilità del Presidente, dei componenti della Giunta e dei consiglieri regionali, ai sensi dell'art. 122, primo comma, Cost., stabilisce all'art. 2, comma 1, lett. f, che la disciplina regionale debba prevedere la “non immediata rieleggibilità allo scadere del secondo mandato consecutivo del Presidente della Giunta regionale eletto a suffragio universale e diretto, sulla base della normativa regionale adottata in materia”. In particolare, l'A. si sofferma sul rapporto con l'art. 51 Cost., concludendo nel senso della conformità a Costituzione della disciplina.

<sup>16</sup> G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, 202 s., per i quali la “ragionevolezza” consiste in una “congruenza rispetto a valori superiori”, in ciò distinguendosi dalla “razionalità”, che invece “indica la coerenza logica, cioè la non contraddizione, tra elementi di eguale valore”. Il tema della ragionevolezza nella giustizia costituzionale è stato indagato approfonditamente dalla dottrina. Per ampi riferimenti bibliografici si rinvia, da ultimo, a U. ADAMO, *Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge*, in questa *Rivista*, [Studi 2018/I](#), 298, nt. 16.

<sup>17</sup> [Corte cost. sent. n. 173/2019.](#), al punto 3.1.3.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>18</sup> Elenca gli argomenti *pro* e *contra* l'istituto C. FUSARO, *Il limite al numero dei mandati*, cit., 798 ss., ove si riporta ripetutamente il pensiero di Alexander Hamilton.

<sup>19</sup> La distinzione è fatta, fra gli altri, da T. E. FROSINI, *Elezione diretta dei Sindaci e limitazione del mandato*, in *Quad. cost.*, 2/2001, 356, il quale distingue fra l'elezione di un organo rappresentativo monocratico e quella di un organo rappresentativo collegiale, ritenendo che sussista solo nel primo caso l'esigenza di “evitare che si creino forme di concentrazione e personalizzazione dei poteri esecutivi”. In senso analogo A. CELOTTO, [Il doppio mandato degli avvocati di fronte alla Corte costituzionale](#), cit., 283 s., il quale sottolinea come le limitazioni alla rinnovabilità dei mandati tradizionalmente sono state introdotte per le “cariche esecutive”, essendo “ispirate all'esigenza di evitare la concentrazione di potere e favorire il pieno confronto democratico, senza consolidare posizioni personali e favorendo, per quanto possibile, l'alternanza”. Che “l'esperienza comparata, ancorché non univoca (si distingue in particolare il caso tedesco), ci dice che dappertutto si registra una tendenza a circondare di limiti i mandati elettivi diretti” è sostenuto da C. FUSARO, *È un tale “nonsense” il limite di mandato?*, in *Quad. cost.*, 3/2003, 648. In particolare, sull'esperienza francese v. S. BONFIGLIO, *La forma di governo nella V Repubblica francese: un sistema in disequilibrio? Dall'esperienza delle coabitazioni al limite dei due mandati presidenziali*, in [Astrid](#), n. 21/2008, 4.

<sup>20</sup> [Corte cost., sent. n. 407 del 1992.](#), al punto 3.3. del *Considerato in diritto*, cit. alla nt. 9.

o per il Presidente della Regione<sup>21</sup>; e ancora, altro è, come vedremo di qui a breve, che il limite sia posto in un sistema sprovvisto di ulteriori e peculiari meccanismi di limitazione del potere, altro è che sia posto in un ordinamento evoluto, nel quale concorre un complesso sistema di meccanismi a questo fine predisposti; e infine, altro è il substrato ideologico sul quale il limite è teorizzato, altre le ragioni concrete e, come vedremo, talora strumentali, per le quali nei fatti si è realizzato<sup>22</sup>.

Per indagare le ragioni, per quanto diversificate, dell'istituto, si possono prendere le mosse dalla dottrina che se ne è occupata. Vi è stato chi, nel rileggere i lavori parlamentari che hanno preceduto, nel 1993, l'introduzione del limite per i Sindaci, ha sottolineato che esso sia stato previsto per "evitare eccessive incrostazioni e concentrazioni personali di potere, favorire il ricambio della classe dirigente locale, evitare eccessi di professionismo amministrativo"<sup>23</sup>. Con riferimento alla legislazione regionale relativa al Presidente della Giunta, poi, si è arrivati ad individuare i "motivi di pubblico interesse" che giustificano il limite nella necessità di "assicurare, con specifico riguardo alle elezioni regionali, le due esigenze generalmente sottese alla previsione di ogni ipotesi di ineleggibilità, vale a dire la libera e genuina espressione del voto popolare, nonché la primaria esigenza della autenticità della competizione elettorale": in ragione della peculiare pervasività dei poteri presidenziali, infatti, si tratterebbe di "evitare che il Presidente eletto possa servirsi dei suoi poteri per distorcere la competizione elettorale ed alterare la pari opportunità fra tutti i competitori, attraverso la possibilità di esercitare una *captatio benevolentiae* o un *metus publicae potestatis* nei confronti degli elettori"<sup>24</sup>. Infine, sempre in dottrina, si è affermato che il limite del secondo mandato possa inquadrarsi a pieno titolo nella tradizione del costituzionalismo: "se il costituzionalismo è soprattutto una tecnica per definire e limitare il potere in funzione della libertà, allora una norma giuridica volta a limitare l'esercizio estremo e continuo del potere si iscrive chiaramente nella logica dei principi del costituzionalismo"<sup>25</sup>.

Iniziamo con il valutare quest'ultima affermazione, che, in ragione della portata evidentemente ampia, potrebbe potenzialmente giustificare una lettura unitaria e generalizzata del limite.

L'istituto ha origine nell'esperienza dell'antica Grecia; cosicché, se di costituzionalismo si deve parlare, bisogna riferirsi a quello degli antichi<sup>26</sup>. Fin dai tempi antichi, infatti, nel mondo greco è possibile identificare una corrente di pensiero che si è tradotta in meccanismi giuridici posti a presidio delle libertà individuali ed a limitare le ingerenze del potere. Ciò è provato già dalla prima testimonianza materiale del diritto pubblico ellenico: un'iscrizione, cioè, rinvenuta a Dreros (nell'isola di Creta) su alcuni blocchi posti a basamento del tempio di Apollo, la cd. "legge di Dreros", datata alla seconda metà dell'VII sec. a.C. Essa stabilisce una regola essenziale, che pure esprime un principio dirompente: è vietato al Cosmo, il magistrato di questa antica comunità cretese, ricoprire

---

<sup>21</sup> Lo riconosce espressamente [Corte cost. sent. n. 173 del 2019](#), citata, *infra*, alla nt. 41.

<sup>22</sup> *Infra*, § 4.

<sup>23</sup> C. FUSARO, *È un tale "nonsenso" il limite di mandato?*, cit., 648.

<sup>24</sup> L. CASTELLI, *Profili costituzionali*, cit., 492.

<sup>25</sup> T. E. FROSINI, *Elezioni dirette dei Sindaci*, cit., 356. Conseguentemente, l'A. considera il limite funzionale ad "evitare il crearsi di forme di concentrazione e di personalizzazione del potere esecutivo, che potrebbero squilibrare il sistema politico" e aggiunge: "vi è poi un'altra ragione, non tecnicamente giuridica ma assai valida. È quella a suo tempo individuata da Tocqueville nella *Democrazia in America*: «È impossibile considerare il corso ordinario degli affari ordinari negli Stati Uniti senza accorgersi che il desiderio di essere rieletto è la caratteristica principale del presidente; che tutto il suo governo, ed anche i suoi trascurabili provvedimenti tendono a questo scopo; e che, quando la crisi si avvicina, l'interesse suo personale si sostituisce al suo interesse per il pubblico bene»": ID., 357.

<sup>26</sup> M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo*, Roma – Bari, 2009, 5, secondo cui il costituzionalismo sarebbe "un movimento di pensiero fino dalle sue origini orientato a perseguire finalità politiche concrete, essenzialmente consistenti nella limitazione dei poteri pubblici e nell'affermazione di sfere di autonomia normativamente garantite". Distingue il costituzionalismo degli antichi da quello dei moderni, ID., 6 e 9, per il quale il "costituzionalismo dei moderni" si realizza allorché all'idea della limitazione del potere pubblico si affianca un'altra idea, quella dell'eguaglianza fra gli individui. Collega il costituzionalismo all'esigenza di limitare il potere pubblico anche N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà: storia del costituzionalismo moderno*, Torino, 1988. Più di recente sul tema si rinvia a G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma - Bari, 2013 e, da ultimo, a G. LANEVE, [Pluralismo e Limite \(al potere e per l'altro\): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo](#), in *Rivista, Studi*, 2019/III, 481.

nuovamente la carica prima che siano decorsi almeno 10 anni<sup>27</sup>. L'idea della limitazione del potere, per un popolo così profondamente libero come quello greco, fu un pensiero costante, quasi un'ossessione, che si esprime in vari istituti giuridici: basti ricordare, ad esempio, nella storia delle istituzioni ateniesi, l'ostracismo, ma anche la durata annuale delle magistrature, l'onere per queste della rendicontazione ovvero, specificamente per quanto ci interessa, il divieto voluto da Clistene di entrare nella Bulé per più di due volte nel corso della propria vita<sup>28</sup>. A ben vedere, lo stesso modello della democrazia diretta realizzatosi nell'Atene del IV secolo a.C., se pure costituisce il necessario portato della carenza nello strumentario giuridico ellenico della concettualizzazione stessa della persona giuridica, che possa distinguersi dalla somma dei singoli cittadini e rappresentarli unitariamente<sup>29</sup>, è anche funzionale all'esigenza che nessuno si arroghi un potere esorbitante sugli altri, a presidio delle libertà individuali<sup>30</sup>.

Ora, non sembra certo di potersi escludere che nell'antica Grecia l'istituto del limite dei mandati (dall'antico Cosmo cretese al membro della Bulè ateniese), al pari degli altri appena richiamati, fosse funzionale a "definire e limitare il potere in funzione della libertà" e, quindi, che si collochi nella logica del costituzionalismo: in sistemi arcaici, sprovvisti di più sofisticati meccanismi di limitazione del potere, il rischio che il protrarsi delle cariche possa sfociare nella tirannide è evidentemente elevato. Ma, parimenti, occorre riconoscere che proprio questa idea della limitazione del potere maturerà nelle riflessioni postume con elaborazioni ben più complesse e centrali per lo sviluppo delle moderne istituzioni, a partire da quelle sulla divisione dei poteri; ed oggi trova, nel diritto pubblico attuale, una pluralità di istituti che ne danno applicazione, afferenti alle forme di Stato (ad esempio risponde a questa logica la struttura federale dello Stato come forma di "separazione verticale dei poteri"<sup>31</sup>) o alle forme di Governo (diversamente connotate da una pluralità di organi che si bilanciano e controllano reciprocamente). Ebbene, in questo mutato contesto, ritenere che il limite dei mandati costituisca ancora un presidio della libertà mi pare, in vero, affermazione tutta da dimostrare.

Se tanto ci dà tanto, è evidentemente smentito il presupposto per una lettura unitaria dell'istituto.

Venendo, invece, alle ulteriori e più peculiari ragioni dell'istituto individuate dalla dottrina, potrebbero apparire come espressione di valutazioni di mera opportunità quelle che fondano il limite dei mandati nell'esigenza di evitare "concentrazioni personali di potere, favorire il ricambio della classe dirigente locale, evitare eccessi di professionismo amministrativo". Invece, queste ragioni non sono prive di fondamento costituzionale: esso, a ben riflettere, coincide con il fondamento costituzionale di tutte le previsioni in tema di anticorruzione di recente previste nel nostro

---

<sup>27</sup> M. I. DE ROSSI, *Legge di Drero*, in *Axon*, vol I, n. 2, dicembre 2017, 7-14, a giudizio della quale il documento sarebbe di straordinaria rilevanza anche perché in esso sarebbe stato utilizzato per la prima volta il termine polis (πολις).

<sup>28</sup> Una considerazione specifica la merita l'ostracismo: anch'esso introdotto da Clistene (fu usato per la prima volta nel 478 a.C.), consisteva nel voto espresso da almeno 6.000 cittadini su un coccio di creta (*ostrakon*), che provocava l'esilio per quanti ne fossero colpiti per la durata di 10 anni, con la conservazione delle proprie ricchezze. L'istituto, ideato per ridimensionare quanti stessero accumulando troppo potere e ponessero a rischio la democrazia, di fatto costituì il metodo utilizzato dai leader politici per epurare i propri avversari. Sul tema v. M. GALDI, *Il Contributo della Grecia antica al diritto pubblico dei moderni*, in M. GALDI (cur.), *Rassegna di studi e ricerche pubblicistiche*, Salerno, 2015, 10 ss.

<sup>29</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1992, Vol. I, 13, secondo il quale "l'idea di attribuire la soggettività giuridica ad un'entità astratta appare nella tarda esperienza romana; con i perfezionamenti che riceve nell'evo medio, soprattutto per opera dei canonisti, entra nel circolo degli strumenti giuridici di uso comune".

<sup>30</sup> Quest'ultima affermazione, secondo cui sarebbe carente nello strumentario giuridico ellenico la concettualizzazione stessa della persona giuridica e quindi la possibilità di rappresentanza politica può apparire a prima vista contraddetta dalla previsione del limite dei mandati, imposta da Clistene, per la Bulè, che sembra presupporre un rapporto di tipo rappresentativo. Non bisogna, però, dimenticare che questo importante organismo della democrazia ateniese – al pari di analoghi organismi previsti in altri ordinamenti ellenici, come la Gerousia spartana - aveva una funzione essenzialmente preparatoria e non decisoria (c.d. "funzione probouletica"), rimando la decisione in capo all'Ecclesia, dove sedevano tutti i cittadini ateniesi. Sul rapporto fra la Bulè e l'Ecclesia ad Atene v. R. A. DE LAIX, *Probouleusis at Athens: a study of political decision-making*, Berkeley, 1973. Con riferimento alla funzione dei gheronti a Sparta v., invece, L. CIAURRO, *Senato, consigli degli anziani, rappresentanza politica*, in *Nuovi studi politici*, 35/2005, 81.

<sup>31</sup> L. ELIA, voce *Stato democratico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2000, IV ed., vol. XV, 74.

ordinamento<sup>32</sup>, che non a caso impone una limitazione degli incarichi anche di natura amministrativa, lì dove ne richiede la rotazione<sup>33</sup>.

Questa lettura sembra trovare conferma nella recente decisione della Consulta, dalla quale traggono spunto queste riflessioni. «Il potere logora chi non ce l'ha», affermava un notissimo esponente della «prima Repubblica»<sup>34</sup>: non vi è dubbio che l'esercizio del potere è fatalmente destinato, come ci ricorda la Corte, a «consolidare un forte legame con una parte dell'elettorato, connotato da tratti peculiari di prossimità»<sup>35</sup>, cioè, in altre parole, favorisce le clientele. Il che, ovviamente, come vedremo meglio in seguito, riduce le possibilità di elezione di chi non vanta questo «radicamento»; ma nel contempo può creare anche le condizioni per un certo malaffare, che si accompagna alle clientele e le alimenta. Non è dunque un caso se la stessa decisione della Consulta, come si è già rilevato, affianchi all'art. 51 - del quale si dirà a breve - ulteriori parametri costituzionali, identificati negli articoli 3, 24 e 97 Cost.<sup>36</sup>. Alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento e dell'ingresso a pieno titolo in esso di una complessa strategia di lotta alla corruzione, infatti, non pare affatto peregrino ritenere come possibile fondamento costituzionale del limite dei mandati lo stesso che può individuarsi per la disciplina dell'anticorruzione<sup>37</sup>. Senonché, questo fondamento rileva senz'altro nel caso di delicati e importanti incarichi di natura esecutiva, come il Sindaco o il Presidente della Regione, ma francamente non pare del tutto confacente al caso del consigliere dell'ordine circondariale forense, cui pure la Consulta lo riferisce.

3. (segue) *Ulteriore riprova della disomogeneità nella ratio dell'istituto: dall'esigenza di assicurare uguaglianza nelle chance di ricoprire incarichi pubblici (art. 51 Cost.) alla tutela della "libertà" del voto (art. 48, comma 2, Cost.).*

Ciò detto, sul presupposto che ciascun mandato implica necessariamente un'elezione e quindi un corpo elettorale considerato sia dal lato attivo (gli elettori) che passivo (i candidati), si può fare un

---

<sup>32</sup> Larga parte delle novità introdotte in Italia in tema di anticorruzione della pubblica amministrazione - a partire dalla c.d. «legge Severino» (l. 6 novembre 2012, n. 190), recante "disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", per proseguire con diversi ed ulteriori interventi legislativi - corrispondono ad altrettanti impegni che ha assunto il nostro Paese con la sottoscrizione e la ratifica della c.d. Convenzione di Merida (dal nome della città messicana dove si è aperta la sottoscrizione dal 9 all'11 dicembre del 2003), adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003, entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005 e ratificata nel nostro Paese con l. 3 agosto 2009, n. 116. Ne consegue che la disciplina dell'anticorruzione in Italia non ha allo stato nemmeno un decennio di applicazione. Sulle sollecitazioni esercitate a livello internazionale nei confronti del nostro Paese al fine di introdurre un organo con competenze autonome e imparziali in materia di prevenzione della corruzione si rinvia a F. DI CRISTINA, *Contrasto alla corruzione e istituzioni internazionali*, in *Percorsi costituzionali*, 2/2012, 93 – 107. Più in generale, sulla disciplina italiana in tema di contrasto alla corruzione v. R. CANTONE - E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, 2018.

<sup>33</sup> Sulla rotazione degli incarichi amministrativi v. F. FRACCHIA, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione amministrativa*, in *Il Diritto dell'economia*, 3/2015, 483-506.

<sup>34</sup> «Il potere logora chi non ce l'ha». Andreotti e le sue frasi celebri, in *Ilsole24ore*, del 6 maggio 2013, in cui si considera questo aforisma come il più celebre fra quelli di Giulio Andreotti, anche se la frase sarebbe attribuibile al celebre politico e diplomatico francese Charles Maurice de Talleyrand.

<sup>35</sup> Si veda il già citato punto 3.1.3.3 del *Considerato in diritto* di [Corte cost. sent. n. 173 /2019](#).

<sup>36</sup> [Corte cost. sent. n. 173 del 2019](#), al punto 3.1.3.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>37</sup> Sul tema v. A. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione: alcune riflessioni*, 29 marzo 2016, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), §. 1, ove l'A. individua nella Costituzione una serie di principi, espressi ed impliciti, a fondamento tanto della lotta alla corruzione quanto della trasparenza amministrativa, affermando che, in loro mancanza, non sarebbe possibile stabilire obblighi pressanti, ad esempio relativi alla pubblicazione di dati personali rilevanti. V., anche, A.M. NICO, *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2016; M. CERIONI, *Anticorruzione, trasparenza e Costituzione. Verso un legal personal scanner?*, in [Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino](#), 6/2017, 6 ss.; AA.VV., *Corruzione contro Costituzione*, Fascicolo tematico di *Percorsi costituzionali*, 1-2/2012; G. SIRIANNI, *I profili costituzionali. Una nuova lettura degli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione*, in [Astrid](#), 1, il quale considera l'art. 54 lo «snodo del programma di promozione dell'etica pubblica repubblicana»; F. MERLONI, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 1/2018, 81 ss.

ulteriore passo in avanti nell'individuazione della *ratio* dell'istituto affermando che, sul lato dell'elettorato passivo, il limite dei mandati favorisce sempre l'uguaglianza ("sostanziale", come ha chiarito la Consulta) delle *chance* fra i concorrenti alla carica da eleggere<sup>38</sup>; sul piano dell'elettorato attivo, invece, bisogna valutare caso per caso se effettivamente la libertà del corpo elettorale possa essere incisa dal ruolo preponderante che l'uscente ricandidatosi possa esercitare. Detto diversamente, ulteriore fondamento costituzionale dell'istituto sembra sempre rinvenibile nell'art. 51 Cost., che può quindi considerarsi come il minimo comune denominatore che accomuna tutte le sue possibili applicazioni nell'ordinamento generale; solo talvolta, a questo fondamento generale se ne aggiunge come ulteriore quello rappresentato dall'esigenza di salvaguardare la libertà del voto, di cui all'art. 48, comma 2, Cost.

Per dimostrare questo assunto si può fare proprio il caso del componente di un consiglio di ordine professionale: costui non esercita certo un potere in grado di operare *captatio benevolentiae*, mentre la presenza di un *munus* pubblico non connotato da poteri particolarmente penetranti sembra escludere di per sé il *metus publicae potestatis*<sup>39</sup>. Non a caso la Corte costituzionale, nella richiamata decisione n. 173 del 10 luglio 2019 fa riferimento principalmente all'art. 51 Cost. quale fondamento dell'istituto<sup>40</sup> e concorda con la posizione espressa dal giudice rimettente, allorché ritiene non comparabili le posizioni del componente del consiglio dell'ordine e del Sindaco<sup>41</sup>, i cui poteri, ben più penetranti, sono invece in grado di incidere potenzialmente sulla libertà del voto, orientando l'elettorato per *captatio benevolentiae* o addirittura per *metus potestatis*<sup>42</sup>.

La recente pronuncia della Consulta consente anche un'ulteriore approfondimento. La Corte sottolinea come l'esercizio prolungato del potere sia fatalmente destinato a "consolidare un forte legame con una parte dell'elettorato, connotato da tratti peculiari di prossimità"<sup>43</sup>, cioè, come

---

<sup>38</sup> Ritiene che il "vantaggio competitivo degli uscenti costituisce, ad oggi, una realtà ampiamente confermata dalla breve esperienza italiana" C. FUSARO, *Il limite al numero dei mandati*, cit., 803.

<sup>39</sup> E' vero, la Corte costituzionale qualifica gli ordini professionali al pari di "enti di diritto pubblico a carattere associativo, che devono, come tali, sottostare alle esigenze di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost.", in ragione delle "numerose funzioni pubblicistiche di vigilanza e rappresentanza esterna, sottese alla regolamentazione ordinistica delle professioni, tra le quali: la tutela dell'indipendenza e del decoro professionale degli iscritti; la tenuta degli albi; l'approvazione dei regolamenti interni; il controllo dell'efficace esercizio del tirocinio forense; l'organizzazione di corsi e scuole di specializzazione; la vigilanza sulla condotta degli iscritti; la costituzione di camere arbitrali, di conciliazione ed organismi di risoluzione alternativa delle controversie; la vigilanza sulla corretta applicazione nel circondario delle norme dell'ordinamento giudiziario": [Corte cost. sent. n. 173 del 2019](#), al punto 3.1.3.3 del *Considerato in diritto*. Ma è anche evidente che per indurre *metus publicae potestatis* occorre che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio si trovino in una "posizione di preminenza" o di "dominio" in ragione del ruolo e dei poteri di cui sono titolari. Si rinvia sul punto a M. CATENACCI, *Capitolo IV Concussione*, in M. CATENACCI (cur.), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2017, 66 s., con riferimenti giurisprudenziali ivi richiamati. Sulle caratteristiche del *metus* v., anche, R. BARTOLI, *Le Sezioni unite tracciano i confini tra concussione, induzione e corruzione*, Nota a Cass. sezz. un. pen. 14 marzo 2014, n. 12228, in *Giur. it.*, 5/2014, 1208 ss.

<sup>40</sup> Significativo il passaggio in cui la Corte afferma che "la peculiare ed essenziale finalità – che ha di mira la previsione che circoscrive (provvisoriamente, come si è detto) il diritto di accesso di taluni soggetti alla carica di consigliere dell'ordine circondariale forense – è quella, infatti, di valorizzare le condizioni di eguaglianza che l'art. 51 Cost. pone alla base dell'accesso «alle cariche elettive»: [Corte cost. sent. n. 173 del 2019](#), al punto 3.1.3.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>41</sup> La posizione del Consiglio forense è richiamata dalla Corte nel considerato in diritto 3.1.2: "altro è, infatti, ragionare della rappresentatività di un ente territoriale avente carattere politico, altro è ragionare della rappresentatività di un ente pubblico associativo"; e "altro è, soprattutto, ragionare del divieto di rielezione relativo ad organi monocratici di vertice di enti politici – come il Sindaco, rappresentante organico del Comune e, di conseguenza, dotato di poteri gestionali diretti e di poteri autoritativi e di indirizzo di sicuro rilievo – e altro è ragionare su divieto di rielezione di membri di un organo collegiale chiamato a reggere un ente pubblico associativo avente natura meramente amministrativa". La disposizione censurata – afferma conclusivamente il giudice *a quo* non risponderebbe ad un «interesse di rilievo costituzionale in grado di "competere in ponderazione" con il diritto di elettorato passivo». Si veda anche il considerato in diritto 3.1.3.1 della medesima decisione, che considera "effettivamente non pertinente l'analogia tra il divieto di rielezione dei consiglieri dell'ordine circondariale forense e quello relativo ai sindaci": [Corte cost. sent. n. 173 del 2019](#).

<sup>42</sup> A titolo meramente esemplificativo si pensi ai nuovi poteri del sindaco in materia di sicurezza urbana, per i quali si rinvia, da ultimo, a G. TROPEA, *I nuovi poteri di sindaco, questore e prefetto in materia di sicurezza urbana (dopo la legge Minniti)*, in [Federalismi.it](#), 1/2018.

<sup>43</sup> Si veda il già citato punto 3.1.3.3 del *Considerato in diritto* di [Corte cost. sent. n. 173 del 2019](#).



abbiamo già osservato, favorisce la clientela. Il concetto di “prossimità” appena espresso, ci consente di operare un ulteriore ed opportuno distinguo, che connota le differenti applicazioni del limite dei mandati. Se, infatti, l’esercizio reiterato del potere favorisce la nascita e il consolidarsi delle clientele, esso consente di intensificare la relazione con una parte dell’elettorato, quello, appunto, di prossimità. Ne discende, quindi, che quanto più piccolo è il corpo elettorale, tanto maggiori sono le possibilità di fidelizzarne una parte significativa; ma anche di esercitare su di essa, ove sussistenti, poteri penetranti che comportino *captatio benevolentiae* o addirittura *metus potestatis*<sup>44</sup>. Ora, sembra che si possa escludere per il Presidente della Regione questa vicinanza così intima con l’elettorato (“tratti peculiari di prossimità”), che, viceversa, si rinviene nel Sindaco<sup>45</sup>.

#### 4. In particolare: le ragioni ideologiche (e strumentali) a fondamento del limite del doppio mandato per i parlamentari

Nei paragrafi che precedono si è provato a dimostrare la non necessaria omogeneità nella *ratio* della limitazione dei mandati, a seconda delle elezioni cui si riferisce.

Un ragionamento peculiare va fatto adesso con riferimento al secondo tema balzato di recente agli onori delle cronache: il limite del doppio mandato attualmente vigente per il Movimento politico dei Cinque Stelle; ma previsto, sia pure con regime differente, anche nello statuto del Partito Democratico<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Il problema si pone, evidentemente, in particolare per i piccoli comuni. Sul tema v. C. FUSARO, *È un tale “nonsense”*, cit., 647 ss., che parimenti ritiene inopportuna l’eliminazione (o comunque l’allentamento) del limite dei mandati per i sindaci dei piccoli comuni. Al riguardo occorre, invece, segnalare che la c.d. “legge Del Rio” (legge 7 aprile 2014, n. 56), all’art. 1, comma 138, ha espressamente previsto che “ai comuni con popolazione fino a 3.000 abitanti non si applicano le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 dell’articolo 51 del testo unico; ai sindaci dei medesimi comuni è comunque consentito un numero massimo di tre mandati”. Sulla stessa linea, di recente, si è mosso anche il Consiglio regionale del Friuli Venezia Giulia, che in quanto Regione a Statuto speciale ha competenze specifiche in materia di enti locali, approvando la legge 8 marzo 2019, n. 4, il cui art. 2 ha introdotto il comma 3 bis nell’art. 4 della l. reg. n. 19/2013, per il quale “nei comuni con popolazione sino a 2.000 abitanti sono consentiti al sindaco tre mandati consecutivi, nonché un quarto mandato consecutivo nell’ipotesi di cui al comma 3” (cioè in caso di scioglimento anticipato e di durata di uno dei mandati elettivi per un periodo temporale inferiore alla metà dell’intero mandato).

<sup>45</sup> Valorizza lo stesso criterio della *captatio benevolentiae* e del *metus potestatis*, ma questa volta con riferimento al limite dei mandati relativamente ai sindaci, V. TONDI DELLA MURA, “Basta la parola!” *L’interpretazione letterale del Consiglio di Stato sulla deroga al divieto del terzo mandato consecutivo del sindaco uscente. Nota al parere n. 179 del 2016*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 12/2016, 5, dove afferma che il Legislatore avrebbe “considerato che le condizioni di *captatio benevolentiae* e di *metus potestatis* nei confronti degli elettori possano realisticamente maturare solamente dopo il decorso di un certo periodo di tempo dall’insediamento del sindaco, complessivamente quantificato in sette anni, sei mesi e un giorno” (tenendo conto dell’art. 51, comma 3, del d.lgs. n. 267 del 2000, per il quale non opera il limite del doppio mandato nel caso in cui “uno dei due mandati precedenti ha avuto durata inferiore a due anni, sei mesi e un giorno, per causa diversa dalle dimissioni volontarie”). Tuttavia, come accennato nel testo, le due ipotesi non paiono del tutto comparabili: se, infatti, per un Sindaco, che amministra una comunità naturalmente più piccola di una Regione, il prolungarsi del mandato oltre un certo limite legislativamente prefissato può determinare effettivamente una limitazione alla libertà di voto; questa *ratio* non pare applicabile al Governatore di una Regione, per sua natura più distante dai cittadini amministrati e, quindi, certamente meno capace di influenzarli per *captatio benevolentiae* o *metus potestatis*, così da incrinare una delle caratteristiche principali del diritto di voto, ai sensi dell’art. 48 Cost., cioè la sua libertà.

<sup>46</sup> Lo Statuto del Partito Democratico, all’art. 21, dispone: “non è ricandidabile da parte del Partito Democratico per la carica di componente del Parlamento nazionale ed europeo chi ha ricoperto detta carica per la durata di tre mandati”. In vero, sia l’interpretazione che della norma è stata data a partire dal 2013, per cui deve trattarsi di tre mandati pieni - ammontanti, dunque, a quindici anni -, sia il numero considerevole di deroghe concesse dalla Direzione Nazionale del Partito hanno di fatto sminuito il rigore della previsione statutaria. Cfr. M. LANARO - A. SOFIA, *Dibba-Test, tocca al Pd. Nello statuto c’è il limite dei tre mandati: ecco chi punta alla deroga per ricandidarsi*, in [il Fatto Quotidiano](http://ilFattoQuotidiano) del 28 novembre 2017. Non credo, tuttavia, sia un caso che proprio il Partito Democratico abbia adottato, fra i partiti italiani, il limite dei mandati, in ragione della matrice giacobina che pure è molto presente nella storia della sinistra italiana e che, in qualche modo, accomuna il PD ai Cinque Stelle. Riporto al riguardo due riflessioni apparse su importanti quotidiani italiani a distanza di circa vent’anni: B. SAVERGNINI, *La nostra sinistra giacobina*, in [Corriere della Sera](http://Corriere della Sera) del 31 ottobre 2001, il cui esordio è particolarmente eloquente: “La sinistra italiana non ha mai abbandonato un fondo giacobino nel suo

Il tema è di quelli che hanno più di altri caratterizzato l'ascesa del Movimento. In un blog del 10 marzo 2017, il suo ideatore scriveva: "Il Movimento 5 Stelle è una comunità di cittadini fondata su delle regole. Sono poche, chiare e semplici. Proprio per questo inamovibili. Una delle regole fondamentali è quella dei due mandati elettivi a qualunque livello. Consigliere comunale, sindaco, consigliere regionale, parlamentare nazionale ed europeo. **Questa regola non si cambia né esisteranno mai deroghe ad essa.** "Ogni volta che deroghi ad una regola praticamente la cancelli" diceva Gianroberto. Non abbiamo intenzione di cancellare nessuna delle regole fondanti del Movimento 5 Stelle. **I nostri portavoce continueranno a fare un massimo di due mandati elettivi** e poi torneranno a fare il lavoro che facevano prima. Vogliamo cittadini 5 Stelle che si mettano al servizio della comunità, non professionisti della politica"<sup>47</sup>. In stretta coerenza con questa affermazione, l'attuale Capo politico del movimento, Luigi Di Maio, ribadiva in più occasioni, solo lo scorso anno, l'intangibilità del limite: "Regola del doppio mandato? Per noi è sacrosanta, non esistono politici di professione"<sup>48</sup>.

A fronte di queste esternazioni, di fatto il nuovo Statuto del Movimento, adottato nel 2017, non fa espresso riferimento al limite del doppio mandato: esso trova posto, però, nel Codice etico e nel Regolamento per la selezione dei candidati alle elezioni politiche del 4 marzo 2018 nei collegi plurinominali e uninominali, il cui sottotitolo è "regolamento parlamentare per i collegi plurinominali elezioni Camera e Senato 2018". In particolare, il regolamento, come da ultimo integrato dal Comitato di Garanzia il 13 gennaio 2018, all'art. 6, rubricato "requisiti per l'autocandidatura", dispone: "ogni candidato, oltre ai requisiti previsti dallo Statuto e dal Codice etico, al momento della presentazione dell'autocandidatura, dovrà essere in possesso dei seguenti requisiti ed ottemperare ai seguenti obblighi: (...) g. non dovrà avere assolto in precedenza più di un mandato elettorale, a livello centrale o locale, a prescindere dalla circoscrizione nella quale presenta la propria candidatura"<sup>49</sup>. Nel Codice etico del movimento, invece, all'art. 2, *ad finem*, si legge che gli iscritti si impegnano "a non presentare la propria candidatura per una carica elettiva, qualora siano già stati esperiti dall'iscritto n. 2 mandati elettivi così come definiti in apposito Regolamento emanato ai sensi dell'art. 9, comma b) dello Statuto"<sup>50</sup>.

Ebbene, in questo caso il limite del doppio mandato non pare sia posto né per assicurare parità di *chance* fra quanti si candidano - se non altro per la banale considerazione che, operando quale autolimito interno ad una formazione politica, non è in grado di influire sull'uguaglianza sostanziale dell'elettorato passivo -, né tantomeno per garantire l'intangibilità dell'elettorato attivo da forme esterne di condizionamento (*captatio benevolentiae* e *metus potestatis*). Il divieto sembra piuttosto ispirato da ragioni ideologiche, essendo evidente l'influenza della concezione giacobina delle istituzioni, che predica il governo diretto da parte del popolo. In questa concezione si ammettono sì i rappresentanti (a differenza di quanto accadeva nell'antica Grecia, cui pure i rivoluzionari francesi si ispirano<sup>51</sup>), ma essi stessi sono prima di tutto "cittadini" (tuttal più "mandatari" di altri cittadini): una

---

modo di pensare la politica e di rapportarsi con l'opposizione"; nonché M. PUCCIARELLI, *Sinistra, giacobini e anti-sovrani: lo sbarco in Italia del modello Sanders*, in [la Repubblica](#) del 29 settembre 2018, in cui si annuncia la pubblicazione anche in Italia di *Jacobin*, rivista di riferimento del socialismo *democrat* negli Stati Uniti.

<sup>47</sup> [Il Blog delle Stelle](#) (corsivo e grassetto sono del testo originario).

<sup>48</sup> *M5S, Di Maio: "Regola del doppio mandato? Per noi è sacrosanta, non esistono politici di professione"*, in [il Fatto Quotidiano](#) del 13 marzo 2018. Successivamente, il 31 dicembre 2018, Di Maio ripeteva in un tweet che la regola dei due mandati era certa «come l'alternanza delle stagioni». Cfr. *Com'è la storia della regola dei due mandati*, in [Il post](#) di domenica 11 agosto 2019, cit.

<sup>49</sup> Cfr. il regolamento parlamentare 2018. Un esame del nuovo Statuto e delle regole per le candidature si trova su [Il Blog delle Stelle](#) postato il 30 dicembre 2017 da Luigi di Maio.

<sup>50</sup> Cfr. il Codice etico del Movimento Cinque Stelle.

<sup>51</sup> G. GILIBERTI, *Introduzione storica ai diritti umani*, Torino, 2012, 90, secondo il quale i rivoluzionari francesi, soprattutto i giacobini, avevano fatto della libertà degli antichi un mito politico. Sul punto v., diffusamente, L. GUARCI, *Libertà degli antichi e libertà dei moderni. Sparta, Atene e i «philosophes» nella Francia del Settecento*, Napoli, 1979, *passim*. Si segnala che il riferimento preferito dai giacobini, in particolare da Robespierre, fu però soprattutto Sparta: la sottomissione alla legge, la devozione alla Patria e la costruzione di un nuovo modello di cittadino attraverso l'educazione furono i tratti che resero Sparta particolarmente cara ai rivoluzionari, un vero modello da imitare. Cfr. M. ROSSO, *The*

forma di democrazia a tutto tondo, che potremmo definire, mutuando l'espressione da un volume di recente pubblicato, la "democrazia dei cittadini"<sup>52</sup>, nella quale i cittadini sono i diretti detentori del potere e ciò può venir meno se gli eletti, con il susseguirsi dei mandati, diventano dei "professionisti della politica"... Ovviamente, quella professata dai Cinque Stelle è, rispetto alle precedenti, una nuova versione, che potremmo definire "democrazia dei cittadini 2.0", in quanto costruita sulle straordinarie potenzialità partecipative che ha aperto la diffusione di Internet e dei *social media*<sup>53</sup>.

A riprova di questa prossimità con l'ideologia giacobina, basti riportare alcuni passaggi del "discorso sulla Costituzione" pronunciato alla Convenzione da Maximilien Robespierre il 10 maggio 1793, dal quale emerge chiaramente l'idea della centralità del cittadino nel governo dello Stato<sup>54</sup>: "*I mali della società non vengono mai dal popolo, ma dal governo. E come potrebbe essere diversamente? L'interesse del popolo è il bene pubblico; l'interesse degli uomini di potere è un interesse privato. Per essere buono il popolo non ha che da preferire sé stesso a chi non è popolo; per essere buono un magistrato deve sacrificare sé stesso al popolo*"<sup>55</sup>. Più avanti: "*E' già stato sparso il sangue di trecentomila francesi; il sangue di altri trecentomila dovrà scorrere ancora perché il semplice operaio possa sedere al senato a fianco del ricco mercante di grano, perché l'artigiano possa votare nelle assemblee del popolo al fianco dell'illustre negoziante o del presuntuoso avvocato e perché il povero onesto e intelligente possa conservare la sua dignità di uomo in presenza del ricco imbecille e corrotto?*"<sup>56</sup>. E infine: "*Voi dunque, a cui la libertà, a cui la patria è cara, assumetevi, voi soli, il compito di salvarla (...). Ponete all'inizio questa incontestabile massima: che il popolo è buono e che i suoi delegati sono corrompibili; che bisogna cercare una difesa contro i vizi e il dispotismo del governo nella virtù e nella sovranità del popolo*"<sup>57</sup>.

---

*allusions to Sparta in the speeches and politics of Robespierre from 1789 to Thermidor*, in *Annales Historiques de la Révolution Française*, 3/2007, 51-77.

<sup>52</sup> Si prende a prestito il titolo del libro di P. MICHELOTTO, Vicenza, 2008.

<sup>53</sup> Sul tema si rinvia a F. GALLO, *Democrazia 2.0. La Costituzione, i cittadini e la partecipazione*, Lectio magistralis svolta a chiusura del Festival *Lector in fabula* organizzato dalla Fondazione Giuseppe Di Vagno, Conversano, domenica 15 settembre 2013, reperibile al [sito telematico](#) della Corte costituzionale P. CIARLO, *Democrazia, partecipazione popolare e populismo al tempo della rete*, Relazione al convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC) "Democrazia, oggi", Università di Modena, 10-11 novembre 2017, in [Rivista AIC](#), 2/2018; G. CORSO, *La rappresentanza politica nell'era digitale*, in *Nuove autonomie*, 2/2018, 193-204.

Per quanto possa essere entusiasmante l'idea che i cittadini si autogovernino, comodamente seduti dietro alle proprie scrivanie, rimane purtroppo il dato di fatto dello scarsissimo successo in termini di partecipazione che storicamente ogni esperienza di democrazia diretta ha suscitato, al punto da far concludere di recente ad un Autore che, in sostanza, i cittadini non hanno interesse a governarsi, quanto ad essere ben governati. Cfr. G. GLADIO, *Note critiche sulla ideologia radicale della democrazia*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC) "Democrazia, oggi", Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Modena, 10-11 novembre 2017, in [Rivista AIC](#), 3/2018, 201 ss., in cui si arriva a parlare di "inefficienza" della democrazia diretta (209). Peraltro, non va sottovalutato l'ulteriore considerazione che la partecipazione comporta una evidente discriminazione fra il cittadino che può investire tempo e risorse nella partecipazione stessa e il cittadino che non può farlo. Cfr. G. FALCON, *L'uomo situato. Due idealtipi di democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (cur.), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, 79 ss.

<sup>54</sup> Per questa e le successive citazioni del "discorso sulla Costituzione" si fa riferimento alla raccolta curata da M.A. CATTANEO: M. ROBESPIERRE, *La scalata al cielo. Discorsi*, Verona, 1989, 99 ss. Il testo originale si trova in M. BOULOISEAU - G. LEFEBVRE - A. SOBOUL (cur.), *Oeuvres de Maximilien Robespierre, Société des études robespierristes*, Parigi, 1961-1967, vol. IX, 495-508.

<sup>55</sup> M. ROBESPIERRE, *La scalata al cielo. Discorsi*, cit., 100.

<sup>56</sup> M. ROBESPIERRE, *La scalata al cielo. Discorsi*, cit., 103.

<sup>57</sup> M. ROBESPIERRE, *La scalata al cielo. Discorsi*, cit., 104. Si può ricordare anche un ulteriore passo, più articolato ma parimenti significativo, di questo discorso: "*Se mi degnassi di rispondere a dei pregiudizi assurdi e barbari, osserverei che il potere e l'opulenza generano l'orgoglio e tutti i vizi; mentre il lavoro, la modestia, la povertà sono i guardiani delle virtù; che le aspirazioni dei deboli tendono alla giustizia e alla protezione di leggi benefiche, mentre le passioni dell'uomo potente lo spingono ad elevarsi sopra a leggi giuste o a crearne di tiranniche. Direi infine che la miseria dei cittadini non è altra cosa se non il delitto dei governanti. Ma pongo la base del mio sistema su un solo ragionamento. Il governo è istituito per far rispettare la volontà generale; gli uomini che governano hanno invece una volontà individuale e sappiamo che ogni volontà tende in sé a prevalere. Ora, se essi impiegano per questo scopo la forza pubblica di cui dispongono, il governo non è che il flagello della libertà. Concludete, dunque, che il primo fine di ogni costituzione*

La matrice ideologica del Movimento Cinque Stelle, alimentata dall'evidente crisi della rappresentanza politica<sup>58</sup>, è confermata dal linguaggio utilizzato nei suoi atti ufficiali<sup>59</sup> ed anche nelle espressioni dei suoi leader<sup>60</sup>, oltre che da una serie di programmi, alcuni dei quali realizzati dal governo "giallo-verde"<sup>61</sup>, altri in cantiere, a partire dal ridimensionamento della democrazia rappresentativa a favore di quella diretta (non è un caso se la piattaforma per la partecipazione dei cittadini sia stata intitolata a "Rousseau", con riferimento cioè al filosofo francese che più di ogni altro esaltò il ruolo della democrazia diretta)<sup>62</sup>.

---

*dev'essere di difendere la libertà pubblica e individuale contro il governo stesso. È precisamente questo problema che i legislatori hanno dimenticato; si sono occupati tutti della potenza del governo, nessuno si è preoccupato dei mezzi per riportarlo alla sua funzione istituzionale. Hanno preso infinite precauzioni contro l'insurrezione del popolo e hanno invece incoraggiato con tutto il loro potere la rivolta dei suoi rappresentanti. Ne ho già indicato le ragioni: l'ambizione, la forza e la perfidia sono stati i legislatori del mondo. Hanno asservito perfino la ragione umana depravandola e l'hanno resa complice delle misere condizioni dell'uomo. Il dispotismo ha prodotto la corruzione dei costumi e la corruzione dei costumi ha sostenuto il dispotismo. In questo stato di cose toccherà a chi ha venduto l'anima al più forte legittimare l'ingiustizia e condividere la tirannia. Allora la ragione non sarà più che follia; l'eguaglianza, anarchia; la libertà, disordine; la Natura, chimera; il ricordo dei diritti dell'umanità, rivolta. Allora ci saranno delle bastiglie e dei patiboli per la virtù, dei palazzi per la corruzione, dei tiranni e dei carri trionfali per il crimine. Allora ci saranno dei re, dei preti, dei nobili, dei borghesi, delle canaglie: ma non ci sarà più popolo, non ci saranno più uomini".* M. ROBESPIERRE, *La scalata al cielo. Discorsi*, cit., 100 s.

<sup>58</sup> A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e "Stato giurisdizionale" (nota minima su un'annosa e irrisolta questione)*, in [Federalismi.it](http://federalismi.it), 23/2018, 3, per il quale "il lento e sofferto processo di democratizzazione degli ordinamenti di tradizioni liberali, che ha avuto la sua spinta maggiore con l'allargamento del suffragio, fino a pervenire alla sua connotazione come universale (...) ha portato ad una crescita esponenziale della domanda sociale mettendo allo stesso tempo a nudo l'incapacità dei rappresentanti di farvi fronte in modo adeguato".

<sup>59</sup> A partire dallo Statuto del Movimento 5 Stelle, il cui art. 3, comma e), dispone: "gli iscritti eletti quali parlamentari italiani, si obbligano a rifiutare l'appellativo di "onorevole" e optare per il termine "cittadina" o "cittadino".

<sup>60</sup> G. MADDALENA, *Perché Di Maio non può evitare di fare i conti con la storia. La storia umana rientra sempre in gioco e si rivela nel linguaggio, dove spesso è custodita*, in [Il Foglio](http://ilfoglio.it) del 10 marzo 2018.

<sup>61</sup> A titolo di mero esempio si ricorda la recente [l.](http://ilfoglio.it) 20 agosto 2019, n. 92, che introduce nelle scuole (ufficialmente a partire dal 2020, ma con sperimentazione già nel prossimo anno scolastico) l'insegnamento dell'educazione civica. La proposta di Robespierre alla Costituente del 1793 prevedeva, parallelamente, all'art. XX: "La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino sarà collocata nella posizione più in vista nei luoghi in cui le autorità costituite terranno le loro sedute; sarà portata, in forma solenne, in tutte le cerimonie pubbliche e costituirà il primo oggetto dell'istruzione pubblica". Cfr. M. ROBESPIERRE, *La Scalata al Cielo. Discorsi*, cit., 118.

<sup>62</sup> Basti al riguardo citare la proposta di legge costituzionale per l'introduzione di un referendum propositivo nell'ordinamento italiano, per il quale si rinvia ad A. MORRONE, *L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?*, Editoriale di [Federalismi.it](http://federalismi.it), n. 23/2018, ove si illustra la proposta, sottolineando come "il risultato, almeno nelle intenzioni dei proponenti, è quello di riportare al centro i cittadini nella produzione normativa, contrapponendo la legislazione popolare alla legislazione parlamentare". Sul tema, in generale dei rapporti fra democrazia rappresentativa e diretta v. E. DE MARCO, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta nei progetti di riforma del "Governo del cambiamento"*, in [Osservatorio costituzionale](http://osservatorio-costituzionale.it), 3/2018. In particolare sul referendum propositivo ci si permette di rinviare alle considerazioni svolte in M. GALDI, *Il referendum "a contenuto positivo" nella democrazia che cambia*, in [Federalismi.it](http://federalismi.it), 15/2018. §§§

Al di là dei proclami, che vogliono la proposta diretta ad assicurare un maggior prestigio all'istituzione parlamentare, non sfugge certo la coerenza con questa logica anche della revisione costituzionale, di recente approvata in via definitiva dal Parlamento (8 ottobre 2019), che riduce di un terzo il numero complessivo dei parlamentari (Atti S. 214-515-805 - d'iniziativa dei senatori: Quagliariello; Calderoli e Perilli; Patuanelli e Romeo recante "modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari - attuale A. C. 1585 -, con l'abbinata proposta di legge costituzionale: D'UVA ed altri - A. C. 1172). Su questa riforma v. F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari: non sempre «less is more»*, in [Osservatorio sulle fonti](http://osservatorio-sulle-fonti.it), 2/2019. Si segnala, in particolare, data la rilevanza del tema ai fini del nostro ragionamento, quanto l'A. sostiene a proposito legge 27 maggio 2019, n. 51. recante "disposizioni per assicurare l'applicabilità delle leggi elettorali indipendentemente dal numero dei parlamentari", adottata in previsione della riduzione del numero dei parlamentari. Infatti, l'A. ritiene che questa legge sarebbe "dirompente sul piano della rappresentanza politica", potendo determinare "casi limite di parlamentari rappresentativi, tra Camera e Senato, di un numero di abitanti che oscillerà tra ottocentomila e un milione" e causare, in particolare, il venir meno di ogni rappresentanza per le "aree interne del paese, demograficamente meno popolate": ID., 17. Prevede, inoltre, un "danno alla rappresentanza politica perché collegi inevitabilmente più grandi, fondati su un legame rappresentativo più debole (perché troppo ampio per non risultare distante), non faranno altro che fiaccare, in una logica strutturale - stavolta sì - densa di antipolitica, ogni volontà dei rappresentanti politici di dar forza al mandato

Non si intende, certo, attribuire a questa matrice un valore dispregiativo. Per molti versi, infatti, il giacobinismo, sia pure nella sua brevissima durata quale movimento politico, ha generato un crogiuolo di idee e aperto una serie di scenari assolutamente innovativi e di straordinaria attualità, alcuni dei quali possono leggersi anche nell'appena citato discorso sulla Costituzione di Robespierre (basti pensare all'affermazione del principio di sussidiarietà nelle sue dimensioni verticale ed orizzontale<sup>63</sup>; allo straordinario ruolo della trasparenza delle scelte pubbliche<sup>64</sup>; alla decisa affermazione della responsabilità dei pubblici funzionari<sup>65</sup>); mentre Rousseau e l'abate Seiyes operano un approccio rivoluzionario al costituzionalismo (il c.d. "costituzionalismo giacobino")<sup>66</sup>.

Tuttavia, è opportuno segnalare sul piano storico che, nonostante Robespierre abbia, quale costituente, negli anni che intercorsero fra l'erigersi degli Stati generali in Assemblea nazionale (maggio 1789) e lo scioglimento di questa (settembre 1791<sup>67</sup>), sostenuto la tesi della necessità di

---

rappresentativo ricevuto dai cittadini sul territorio; posto che, con un collegio elettorale territorialmente così esteso, la distanza naturale tra eletti ed elettori sarà impossibile da colmare, nonostante l'eventuale buona volontà degli eletti": ID. 19. In sostanza, per l'A., obiettivo delle due riforme sarebbe quello di "de-territorializzare - e quindi di smaterializzare - la rappresentanza politica di tipo parlamentare dal rapporto sul territorio degli eletti con gli elettori, svuotando così di senso, nella realtà concreta, il mandato parlamentare rappresentativo": ID., 20. Che d'altronde, nelle intenzioni dei leader del Movimento Cinque Stelle, queste riforme tendano a ridimensionare la rappresentanza parlamentare, lo si può verificare leggendo l'intervista di Davide Casaleggio, presidente dell'associazione Rousseau, *In futuro Parlamento inutile*, in *La Verità* di lunedì 23 luglio 2018, reperibile in [ANSA.it](http://ANSA.it). Tutto ciò a evidente riprova che effettivamente «tra democrazia partecipativa e democrazia rappresentativa esiste una tensione ineliminabile». Cfr. L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. dir.*, 4/2006, 11. Da ultimo, con un giudizio sostanzialmente positivo, commenta la legge n. 51 del 2019 M. PODETTA, *Il pregio di fondo, e qualche difetto, della legge n. 51 del 2019 (in attesa di una comunque non rinviabile riforma elettorale)*, in *Nomos*, 2/2019.

<sup>63</sup> "Fuggite l'antica mania dei governanti di voler troppo governare; lasciate agli individui, lasciate alle famiglie il diritto di fare ciò che non porta danno agli altri; lasciate i comuni di regolare da soli i loro affari in ogni campo che non riguardi essenzialmente l'amministrazione generale della Repubblica. In una parola: restituite alla libertà individuale tutto ciò che non appartiene per natura all'autorità pubblica e avrete, con ciò, lasciato molto minor spazio all'ambizione e all'arbitrio": M. ROBESPIERRE, *La scalata al cielo. Discorsi*, cit., 107 s. Parallelamente, nel testo costituzionale proposto da Robespierre all'art. XII si prevede: "La Costituzione non vuole che la legge ostacoli la libertà individuale se non a vantaggio del bene pubblico; essa lascia ai cittadini comuni il diritto di regolare i loro affari in ogni campo che non riguardi l'amministrazione generale della Repubblica": ID., 117.

<sup>64</sup> "La prima riguarda principalmente la pubblicità; ma è sufficiente che la Costituzione assicuri la pubblicità delle operazioni o delle deliberazioni del governo? No, bisogna darle ancora tutta l'estensione possibile. La nazione intera ha il diritto ad essere informata sulla condotta dei suoi mandatari. Bisognerebbe - se fosse possibile - che l'assemblea dei delegati deliberasse in presenza di tutti i francesi. Il luogo delle sedute del corpo legislativo dovrebbe essere un edificio fastoso e maestoso, aperto a dodicimila persone. Sotto gli occhi di un così gran numero di testimoni né la corruzione, né l'intrigo, né la perfidia oserebbero mostrarsi; sarebbe consultata la sola volontà generale; sarebbe ascoltata solo la voce della ragione e dell'interesse pubblico". M. ROBESPIERRE, *La scalata al cielo*, cit., 109. E ancora: "Che si deliberi a voce alta; la pubblicità è il sostegno della virtù, la salvaguardia della verità, il terrore del delitto, il flagello dell'intrigo. Lasciate le tenebre e lo scrutinio segreto ai criminali e agli schiavi. Gli uomini liberi vogliono che il popolo sia testimone dei loro pensieri. Questo metodo forma i cittadini e le virtù repubblicane. Esso conviene ad un popolo che ha appena conquistato la libertà e che combatte per difenderla. Quando cessa di convenirgli, la repubblica non esiste più": ID., 114. Come per molte idee di Robespierre, anche per la trasparenza si può individuare un legame strutturale con le teorie elaborate da Rousseau. Sul punto v. A. MARCHILI, *Rousseau e l'ideale della trasparenza. Nascita di un mito moderno*, in *Giornale di storia costituzionale*, 31/2016, 13 ss.

<sup>65</sup> "Un popolo i cui mandatari non debbono rendere conto a nessuno della loro gestione, non ha una Costituzione. Un popolo i cui mandatari devono rendere conto della loro gestione solo a degli altri mandatari inviolabili, non ha una Costituzione. Dipende da questi, infatti, di tradirlo impunemente o di lasciarlo tradire da altri". M. ROBESPIERRE, *La scalata al cielo*, cit., 111.

<sup>66</sup> P. RIDOLA, *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali*, in G. AZZARITI (cur.), *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, 2005, 212 ss. e spec. 293 ss. In proposito v., anche, A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma - Bari, 2002, 2, dove l'A. contrappone il costituzionalismo di ispirazione giacobina, nel quale "la politica viene concepita come l'attività attraverso cui si enuclea la sovranità popolare e si individuano interessi generali", dal costituzionalismo di ispirazione anglosassone, nel quale, invece, "la politica è intesa soprattutto come conflitto e competizione".

<sup>67</sup> La revisione della Costituzione terminò il 12 settembre 1791 e il giorno dopo il re la ratificò, diventando "Luigi XVI Re dei Francesi".

limitare i mandati elettivi<sup>68</sup>; e, addirittura, abbia ottenuto il voto favorevole sulla sua proposta che nessun deputato della precedente Assemblea nazionale potesse presentarsi come candidato all'elezione della nuova Assemblea<sup>69</sup>; quando poi ebbe l'opportunità di determinare, in ragione dei mutati equilibri politici a favore dei "montagnardi"<sup>70</sup>, il contenuto della Costituzione, non ripropose più l'idea del limite dei mandati per i membri dell'Assemblea Nazionale, auspicando solamente, fin dal citato discorso del maggio 1793, una breve durata delle cariche<sup>71</sup>, l'incompatibilità fra più incarichi pubblici<sup>72</sup>, la possibilità in ogni tempo di revoca degli eletti, secondo un meccanismo assai simili al "recall" previsto oggi in alcuni ordinamenti (soprattutto, ma non solo, di matrice anglosassone)<sup>73</sup>, e, non da ultimo, la possibilità che il popolo decretasse la "morte politica", una sorta di "daspo" *ante litteram*, alla scadenza del mandato<sup>74</sup>: tutti correttivi e limitazioni evidentemente posti al meccanismo della rappresentanza.

<sup>68</sup> A. VENERI, *Robespierre costituente*, tesi di dottorato discussa presso il Dipartimento di Storia dell'Università degli Studi di Parma, 7 maggio 2008, 551 – 557, ove viene ricostruito analiticamente il dibattito dell'Assemblea. Appare degno di nota come dagli interventi di Robespierre emerga una notevole ammirazione per il mondo greco. Si segnala, in particolare, il suo costante riferirsi ad Aristide, che avrebbe di buon grado accettato l'ostracismo, per rispettare le regole poste a tutela della democrazia. Insomma, il legame con il "costituzionalismo degli antichi" si può cogliere senz'altro anche nelle posizioni giacobine: ID., 341, in particolare nt. 70. Sul rapporto con Sparta, v., invece, la nota 51.

<sup>69</sup> A. VENERI, *Robespierre costituente*, cit., 543 – 551, il quale riporta, conclusivamente, l'elogio del *Courier de Provence* per il successo conseguito da Robespierre: «il est possible qu'un génie ardent, qu'une imagination vive fournissent à un homme corrompu une éloquence brillante et passionnée; mais il est une éloquence sublime de la vertu, il est un lan-gage sacré du patriotisme que le vice et la passion ne peuvent emprunter et qui décèle toujours une âme grande et pure, c'est celui que M. Robespierre a fait entendre aujourd'hui». *Courier de Provence* t. XIV n° 291, 541-546, in M. ROBESPIERRE, *Oeuvres, Discours, Presses Universitaires de France*, Paris, 1950, tome VII, 394.

<sup>70</sup> Così era chiamato il gruppo dei giacobini in seno all'Assemblea nazionale, in ragione della posizione alta nella quale sedevano nell'Assemblea legislativa, distinguendosi dalla "pianura" (o, dispregiativamente, dalla "palude"), cioè dai banchi posti alla base dell'emiclo ove sedeva il centro, e dai girondini, che sedevano a destra. Di fatto, i montagnardi si trovarono da soli alla guida della Convenzione nazionale dopo il 31 maggio 1793, in seguito a manifestazioni di sanculotti, che portarono all'arresto di ben ventinove deputati girondini.

<sup>71</sup> Nella proposta di Costituzione di Robespierre, all'art. IX, si legge: "La durata delle funzioni dei mandatari del popolo non può eccedere i due anni". M. ROBESPIERRE, *La scalata al cielo*, cit., 117.

<sup>72</sup> Nella proposta di Costituzione di Robespierre, all'art. X, si legge: "Nessuno può esercitare contemporaneamente due incarichi pubblici". *Ibidem*.

<sup>73</sup> "Io voglio che tutti i funzionari pubblici, eletti dal popolo, possano essere da lui revocati, nelle forme che saranno stabilite, senz'altro motivo che il diritto imprescrittibile che gli appartiene di revocare i suoi mandatari". M. ROBESPIERRE, *La scalata al cielo*, cit., 112. Per un quadro ampio relativo al *recall*, cioè alla revoca degli eletti, v. D.G. BIANCHI, *Élite in crisi. La revoca degli eletti in democrazia*, Soveria Mannelli, 2013. Di recente, inserisce l'istituto del *recall*, previsto per tutte le cariche pubbliche e le magistrature elettive dall'art. 72 della vigente Costituzione del Venezuela, fra gli istituti di democrazia diretta propri del "modello populista" (insieme al referendum consultivo, previsto dall'art.71, quello abrogativo, contemplato dagli artt. 73 e 74, e all'iniziativa legislativa, costituzionale e costituente) P. PISSICCHIO, *Venezuela. Tra crisi istituzionale e internazionale populista. Appunti su una vicenda non ancora conclusa*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), *News dal Mondo*, del 13 febbraio 2018, 2.

<sup>74</sup> "Allo scadere delle loro funzioni, i membri della legislatura e gli agenti o i ministri dell'esecutivo potranno essere deferiti al giudizio solenne dei loro committenti. Il popolo dichiarerà semplicemente se essi hanno conservato o perduto la sua fiducia. Il giudizio negativo comporterà l'interdizione a ricoprire qualunque ulteriore funzione. Il popolo non emetterà pene più gravi e, se i mandatari si saranno resi colpevoli di qualche delitto particolare e formale potrà rinviarli davanti al tribunale costituito per punirli". Cfr. M. ROBESPIERRE, *La scalata al cielo*, cit., 112. Coerente con queste affermazioni è l'art. XVI del testo costituzionale proposto da Robespierre: "I membri del corpo legislativo non potranno essere perseguiti da nessun tribunale costituito a causa delle opinioni che avranno espresso nell'assemblea: ma allo scadere delle loro funzioni la loro condotta sarà solennemente giudicata dal popolo che li aveva eletti. Il popolo si pronuncerà soltanto su questo punto: questo cittadino ha corrisposto o no alla fiducia di cui il popolo lo aveva onorato?" M. ROBESPIERRE, *La scalata al cielo*, cit., 118.

Va notato, tuttavia, che la Costituzione giacobina del 24 giugno 1793 finì per recepire solo in minima parte le proposte di Robespierre, che all'epoca non era ancora all'apice del suo potere. In ogni caso, anche in quel documento costituzionale ben evidenti sono i riferimenti all'idea forte del cittadino al potere. Basti leggere, ad esempio, gli articoli relativi ai rappresentanti, definiti "mandatari" o "agenti" (art. 29: "Ogni cittadino ha un eguale diritto di concorrere alla formazione della Legge ed alla nomina dei suoi mandatari o dei suoi agenti"; art. 30: "Le funzioni pubbliche sono essenzialmente temporanee; esse non possono essere considerate come distinzioni né come ricompense, ma come doveri"; art. 31: "I delitti dei mandatari del popolo e dei suoi agenti non devono mai essere impuniti. Nessuno ha il diritto di considerarsi più

Insomma, non sembra azzardato dire che gli stessi giacobini avevano proposto il limite dei mandati politici per esigenze strumentali, cioè per favorire l'azzeramento della classe dirigente esistente all'epoca degli Stati generali, prevalentemente moderata e filomonarchica, guardandosi poi bene dall'istituzionalizzarlo allorché di fatto raggiunsero il potere, con l'obiettivo di consolidarlo, anche attraverso l'introduzione del suffragio universale maschile<sup>75</sup>. Degno di nota, invece, è che la regola del limite dei mandati sarà di fatto introdotta, a distanza di appena due anni, con l'avvento del Direttorio<sup>76</sup>, con ogni probabilità per le stesse esigenze strumentali che ne avevano consigliato - da parte di Robespierre - l'adozione al tempo degli Stati Generali, cioè per conseguire un sostanziale azzeramento della classe politica frattanto affermatasi, in vista dell'istaurarsi del nuovo regime; azzeramento, invero, già favorito con il ritorno ad un suffragio elettorale di tipo censitario.

Sarebbe interessante indagare, con riferimento alla breve esperienza del Direttorio (com'è noto, già nel novembre del 1799 Napoleone Bonaparte proclamò il Consolato e, poco dopo, l'Impero), ma anche alle altre esperienze storiche nelle quali è stato costituzionalizzato il limite dei mandati per i membri delle Assemblee legislative (valga l'esempio di alcune Costituzioni degli Stati nord-americani prima della nascita dello Stato federale<sup>77</sup>), quale fosse il contesto nel quale questo limite è stato posto. Si ha, infatti, l'impressione, sia pure nell'evidente difficoltà di comparare situazioni così lontane nel tempo e nello spazio, che il limite del doppio mandato si sia affermato in passato nei contesti storici a sovranità indefinita, nei quali cioè si è alla ricerca di equilibri ed essi non siano ancora stati raggiunti. Ma, evidentemente, l'indagine esorbita tanto dall'economia del presente lavoro, quanto dalle competenze di chi lo scrive...

Più di recente, invece, si è registrato, soprattutto nell'esperienza nordamericana, la tendenza - sempre nell'ambito dell'approccio proprio della "democrazia dei cittadini" - ad introdurre l'istituto tramite referendum propositivi: la democrazia diretta (esaltata dal movimento per l'estensione dei "Term limits"), cioè, si è proposta di ridimensionare quella rappresentativa, operando, però, dopo l'intervento della Corte Suprema del 1995, essenzialmente al livello sub-federale<sup>78</sup>.

In ogni caso, a prescindere dai pur interessanti riferimenti ideologici e dagli autorevoli precedenti richiamati, appare senz'altro legittimo un ripensamento, sia pure parziale, da parte del Movimento Cinque Stelle, che riveda il limite del doppio mandato. Non vi è dubbio, peraltro, che esso era stato inizialmente concepito in modo eccessivamente rigido, in quanto applicato a "qualunque livello:

---

inviolabile degli altri cittadini) ovvero alla durata del loro mandato, particolarmente breve, per consentire periodiche verifiche (art. 32: Il popolo francese si riunisce in Assemblea tutti gli anni, il primo di maggio per le elezioni; art. 39: "Il Corpo legislativo è uno, indivisibile e permanente"; art. 40: "La sua sessione è di un anno"). L'Atto costituzionale del 24 giugno 1793, di fatto mai entrato in vigore in quanto immediatamente sospeso in ragione della guerra in corso con le altre Nazioni europee e quindi della sua immediata sospensione, è reperibile in [Archivio di diritto e storia costituzionale](#).

<sup>75</sup> Sulle concitate vicende di quegli anni in Francia si rinvia, fra gli altri, a J. ISRAEL, *La rivoluzione francese. Una storia intellettuale dai Diritti dell'uomo a Robespierre*, Torino, 2015.

<sup>76</sup> V. la Costituzione del 5 fruttidoro anno III del 22 agosto 1795, in [Archivio di diritto e storia costituzionale](#). Di rilievo, per il tema che ci occupa, il Titolo V della Costituzione, rubricato "Potere legislativo. Disposizioni generali", del quale si riportano di seguito gli articoli più significativi: "art. 44 - Il Corpo legislativo è composto da un Consiglio degli Anziani e da un Consiglio dei Cinquecento; Art. 53 - L'uno e l'altro Consiglio è rinnovato ogni anno per un terzo; Art. 54 - I membri che escono dopo tre anni possono essere immediatamente rieletti per i tre anni successivi, dopo di che sarà necessario un intervallo di due anni perché possano essere eletti di nuovo; Art. 55 - Nessuno, e per nessun motivo, può essere membro del Corpo legislativo per più di sei anni consecutivi".

<sup>77</sup> V. MONDELLO, *Il mandato parlamentare nelle costituzioni degli Stati dell'Unione e degli Stati Uniti (1776-1789)*, in *Amministrare*, 1/2016, 173 ss. che si riferisce, ad esempio, alla Virginia (183) e al Massachusetts (184).

<sup>78</sup> C. FUSARO, *Il limite al numero dei mandati. Esperienza italiana e modello americano*, cit., 783 ss., il quale, dopo aver affrontato il tema con riferimento all'elezione presidenziale, ripercorre l'esperienza di diversi Stati nordamericani, ricordando come "nel 1995 ben 23 dei 50 Stati avevano introdotto un limite dei mandati dei propri rappresentanti al Congresso". Cita, però, la decisione *US Term Limits Inc. et al. versus Thornton et al.* del 22 maggio 1995, con cui la Corte Suprema ha dichiarato incompatibili con la Costituzione, e quindi da disapplicare, tutte queste leggi, con la seguente motivazione: "permettere ai singoli Stati di definire autonomamente i requisiti per l'elezione al Congresso minerebbe la struttura prefigurata dai padri costituenti, una struttura volta, secondo le parole del Preambolo della nostra Costituzione, a formare 'una più perfetta Unione'": ID., 788.

consigliere comunale, sindaco, consigliere regionale, parlamentare nazionale ed europeo”<sup>79</sup>. Coticché, mantenere questa impostazione, che peraltro non ha precedenti, non consentirebbe il compiersi di alcun *cursus honorum* ai cittadini che mettono a disposizione le proprie competenze ed il proprio tempo al servizio della Comunità (o della Nazione intera): con la conseguenza che la critica normalmente portata al limite dei mandati, per cui favorirebbe una classe dirigente priva di esperienza<sup>80</sup>, finirebbe per assumere una valenza ancor più stringente.

5. Dopo la riduzione del numero dei parlamentari, si può giustificare anche la previsione costituzionale del limite dei mandati, purché sia garantito il metodo democratico nell’organizzazione interna dei partiti

L’approccio diacronico applicato alle riflessioni che precedono ci consente di porre in essere un ultimo passo in avanti, a mo’ di conclusione: se la democrazia dei *kyrios* ad Atene non conosce per niente la rappresentanza, anche perché l’idea stessa della persona giuridica pubblica, che ne costituisce il necessario presupposto, ancora non è entrata nel lessico istituzionale<sup>81</sup>; se la democrazia giacobina giustifica la rappresentanza come interprete della “volontà generale”<sup>82</sup> - anche se si propone di limitarla (e, in ogni caso, la ancora al meccanismo privatistico del mandato, se possibile revocabile)<sup>83</sup> - ma aborrisce il ruolo dei corpi intermedi<sup>84</sup>; l’odierna democrazia dei cittadini, in aderenza al quadro costituzionale, è auspicabile che si connoti per un ulteriore momento di discontinuità rispetto alla sua tradizione, superando il pregiudizio nei confronti della mediazione dei corpi sociali ed affermando, quindi, l’idea forte della partecipazione dei cittadini anche all’interno del partito politico.

Segnali in questa direzione si colgono in modo evidente nella recente vicenda politica che ha accompagnato la nascita del secondo Governo Conte, allorché – dopo che i gruppi parlamentari del PD e dei Cinque Stelle avevano indicato al Presidente della Repubblica nel prof. Giuseppe Conte la personalità in grado di ottenere la fiducia necessaria per la costituzione del nuovo esecutivo “giallorosso” (secondo le regole proprie della forma di governo parlamentare e della democrazia rappresentativa) – il Movimento pentastellato ha subordinato l’espressione del voto di fiducia in

---

<sup>79</sup> Ci si riferisce al blog di Beppe Grillo del 10 marzo 2017, citato, *retro*, alla nt. 47.

<sup>80</sup> G. PASQUINO, *La lezione di Sartori*, in *La lezione di Sartori, La rappresentanza politica*, Atti del Convegno in memoria di Giovanni Sartori, Sala degli Atti parlamentari, 24 maggio 2018, Roma, 2018, 8, a giudizio del quale: “la rappresentanza politica è un’attività esigente e impegnativa. Richiede che i rappresentanti conoscano la politica e le istituzioni, la Costituzione e le tecniche parlamentari. Non ci si improvvisa rappresentanti anche se lo si può diventare improvvisamente in situazioni di politica fluida e di destrutturazione dei partiti e del relativo sistema. Quando si affermano rappresentanti attenti e competenti, preparati e rispettati, sarebbe un errore grave e un vero e proprio impoverimento impedirne la rielezione con un meccanismo burocratico e populista che ponga limiti invalicabili al numero dei mandati. I puniti non sarebbero soltanto e neppure principalmente i rappresentanti che riuscirebbero a trovare molte alternative anche occupazionali. Sarebbero soprattutto i cittadini-elettori ai quali si precluderebbe la soddisfazione politica di sconfiggere rappresentanti inadeguati e ancor più la possibilità di rieleggere rappresentanti divenuti nel corso del tempo più competenti e più abili, migliori. Senza una buona rappresentanza politica non si avrà mai nessuna governabilità”.

<sup>81</sup> V. la nt. 29.

<sup>82</sup> R. CARRÉ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale*, a cura di M. CALAMO SPECCHIA, Milano, 2008, che individua le radici dell’assunto per cui la legge è espressione della volontà generale nella tradizione rivoluzionaria fin dalla Costituzione francese del 1791.

<sup>83</sup> V., al § 3, la nt. 73.

<sup>84</sup> È noto che con la rivoluzione francese matura l’idea di un necessario rapporto diretto fra il cittadino e lo Stato, nel quale non può più frapporsi alcuna formazione intermedia. Espressione di questa scelta fu la nota legge *Le Chapelier* (che porta il nome di Isaac René Guy Le Chapelier, presentatore della legge e primo presidente del Club dei Giacobini), con la quale tutte le consociazioni fondate sulla base di “*pretendus intérêts communs*” sono formalmente abolite in nome dell’interesse generale: cfr. *Décret relatif aux assemblées des citoyens d’un même état ou profession (14-17 Juin 1791)*, in *Collection des lois, depuis 1789 jusqu’au 22 prairial an II*, Paris, 1804, V, 364-366. La *loi Le Chapelier* sarà abrogata solo dalla legge *Waldeck-Rousseau* sulla libertà sindacale del 21 marzo 1884. Sul tema v. D. BARBET, *Retour sur la loi de 1884. La production des frontières du syndical et du politique*, in *Genèses*, 3/1991, 5-30.



Parlamento ad una previa consultazione degli iscritti<sup>85</sup>. Al di là della critica, non del tutto condivisibile, secondo cui questa consultazione avrebbe dovuto espletarsi tempestivamente, cioè prima dell'incarico a formare il nuovo governo da parte del Presidente della Repubblica, e non, come invece è avvenuto, successivamente ad esso (anche per evitare la contraddizione che si sarebbe venuta a creare nel caso di un voto sulla "piattaforma Rousseau" dagli esiti diversi rispetto alle indicazioni espresse dai gruppi parlamentari in occasione delle consultazioni presidenziali<sup>86</sup>),<sup>87</sup> questo episodio è sintomatico del ruolo che inizia ad assumere l'organizzazione-partito nell'ambito del Movimento Cinque Stelle. Peraltro, il tendenziale superamento da parte del Movimento di questa sorta di "idiosincrasia partitica" è testimoniato anche dalla recente decisione di individuare una sede fisica (inizialmente e volutamente il Movimento è stato costituito senza sede), di adottare uno "statuto", rinunciando all'espressione "non-statuto", di darsi una struttura territoriale, a partire dall'istituzione dei c.d. "facilitatori" regionali<sup>88</sup>; da ultimo questa tendenza è accentuata anche da spinte interne al Movimento, come dimostra il recentissimo documento del 4 ottobre 2019 intitolato "Carta di Firenze 2019", il cui sottotitolo appare, al riguardo, molto evocativo: "per un rinascimento 5 Stelle: coerenza, democrazia interna e centralità degli attivisti"<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> Hanno partecipato al voto gli iscritti al Movimento da almeno sei mesi sulla c.d. "piattaforma Rousseau". I dati della consultazione sono riportati nel Comunicato Ansa del 4 settembre 2019, *Rousseau dice sì all'accordo, via libera al governo giallo-rosso*, reperibile in [ANSA.it](https://www.ansa.it), secondo cui "dalle 9 alle 18 hanno espresso la propria preferenza 79.634 iscritti, su una base di aventi diritto che, alla mezzanotte del 2 settembre 2019, ha raggiunto il numero di 117.194 iscritti" annuncia l'Associazione Rousseau. I SI sono stati 63.146 (79,3%), i NO 16.488 (20,7%)".

<sup>86</sup> S. CASSESE, *Iscritti contro elettori*, in *Corriere della Sera* di martedì 3 settembre 2019, 1 e 22, il quale critica la circostanza che con il voto degli iscritti sulla piattaforma i rappresentanti del popolo "sarebbero smentiti dal partito, rinverdendo i fasti della migliore partitocrazia". In vero, sia pure con modalità (invio di lettere da parte degli iscritti) - e soprattutto tempistiche - diverse, anche in Germania si è fatto ricorso nel marzo del 2018 al referendum da parte degli iscritti della SPD per la ratifica del contratto di governo con la CDU. T. MASTROBUONI, *Germania, base Spd approva Grosse Koalition: sì al governo con Merkel*, in [la Repubblica](https://www.repubblica.it) del 4 marzo 2018. Parimenti critici sulla consultazione informatica C. MELZI D'ERIL - G. E. VIGEVANI, *Con il voto su Rousseau uno sgorbio costituzionale e due sgarbi alle istituzioni*, in [Il Sole 24 Ore](https://www.lesole24ore.it) del 28 agosto 2019, nonché G. FLICK, nell'intervista rilasciata a L. MILELLA, *Flick: "Far dipendere la nascita del governo dal voto su Rousseau è contro lo spirito della Costituzione"*, in [la Repubblica](https://www.repubblica.it) del 3 settembre 2019. Ritene, invece, che questa consultazione non abbia determinato alcuna lesione di prerogative di altri organi costituzionali, a partire dal Presidente della Repubblica, M. OLIVETTI, *Osservazioni sparse e qualche numero sulla crisi di governo dell'agosto-settembre 2019, in prospettiva storica*, Editoriale di [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 16/20019, 13 s.

<sup>87</sup> Di contro si potrebbe osservare che solo in seguito all'incarico formale conferito dal Presidente della Repubblica ed all'ulteriore verifica da parte del Presidente del Consiglio incaricato delle convergenze programmatiche che rendono effettivamente praticabile l'ipotesi di un'alleanza di governo si concretizza la possibilità di detta alleanza, se ne definiscono i contenuti programmatici e, quindi, si delinea un quadro politico sufficientemente chiaro da sottoporre al vaglio della base. Senonché, come da ultimo rilevato, "al momento del voto assai poco si sapeva del programma del futuro Governo e, nulla (se non le sole congetture della vigilia, solo in parte confermate), della composizione dello stesso", costituendo queste circostanze "una ulteriore, appariscente testimonianza del carattere pseudo-democratico della consultazione". A. RUGGERI, *La crisi del I Governo Conte e la rivincita della democrazia rappresentativa sulla pseudo-democrazia diretta delle piazze e del web*, in questa [Rivista, Studi](https://www.rivista.studi.it), 2019/III, 403.

<sup>88</sup> Sulla trasformazione in atto nel movimento 5 Stelle v. M. PERRONE, *Da Grillo al "mandato zero" di Di Maio, la mutazione genetica del M5S*, in [Il Sole 24 Ore](https://www.lesole24ore.it) del 25 luglio 2019. Più di recente v., A. TROCINO, *Dai facilitatori al ruolo del capo, il M5S si fa partito. No dei «falchi»*, in *Corriere della Sera* del 14.10.2019, p. 6. Invero, non è da escludere che questa evoluzione del Movimento sia collegata alle recenti normative in materia di finanziamento dei partiti politici, su cui v., *infra*, nt. 112. Sulla figura dei "facilitatori regionali" v. l'intervento di L. Di Maio, in [Il Blog delle Stelle](https://www.blogdellestelle.it).

<sup>89</sup> Reperibile al sito telematico [CartadiFirenze2019.it](https://www.cartadifirenze2019.it). In particolare si segnalano fra gli obiettivi che una parte della base del Movimento pentastellato si propone di conseguire sul piano dell'organizzazione interna (e sui quali è in corso una raccolta di adesioni da parte degli iscritti): 1) TRASPARENZA E DEMOCRAZIA INTERNA: - Convocazione di un'assemblea fisica nazionale, (Forum degli attivisti) con avvio di un processo di riforma dello Statuto stesso, e attribuzione all'assemblea degli iscritti del potere democratico di esprimersi sulle cariche interne, tutte elettive; - revisione dello Statuto e superamento della figura del capo politico mediante l'introduzione di organi elettivi e collegiali a livello nazionale, regionale e provinciale, che abbiano l'autorità di intervenire nella gestione dei conflitti interni nelle aree di competenza (...); 3) RIORGANIZZAZIONE DAL BASSO: - Avvio di una riorganizzazione dal basso che valorizzi il ruolo centrale dei gruppi locali e degli attivisti attraverso assemblee territoriali periodiche (...); 4) PROCESSI PARTECIPATIVI: - Creazione di un regolamento nazionale unico di funzionamento dei gruppi locali; - Costituzione di tavoli di lavoro permanenti volti a rimettere al centro della vita politica del M5S gruppi locali in rete fra loro che

Plurime esigenze militano a favore di una valorizzazione della struttura-partito. Ne indico una tutta interna ai Cinque Stelle (che pure riverbera inevitabilmente i suoi effetti sull'ordinamento generale, dal momento che detta forza politica è attualmente al governo del Paese), connessa al limite dei mandati, ed una di portata più generale.

La prima. La critica per cui il limite dei mandati, previsto nei regolamenti interni del Movimento Cinque Stelle, favorirebbe una classe dirigente priva di esperienza<sup>90</sup> non appare affatto peregrina, soprattutto in una realtà che è divenuta via via più complessa, nella quale ci si confronta a livello nazionale, europeo e globale con burocrati e tecnici, a fronte dei quali persone inesperte e, peggio ancora, incompetenti sono naturalmente destinate a soccombere<sup>91</sup>. Tuttavia, a ben vedere, piuttosto che la sola esperienza, è l'elemento della competenza che si presenta come quello maggiormente utile perché l'interesse nazionale sia rappresentato in modo efficace; e ciò pone ineludibilmente il problema della selezione della classe dirigente, a maggior ragione se si intende limitare il numero dei mandati, controbilanciando appunto con la competenza l'inesperienza politico-amministrativa<sup>92</sup>. D'altronde, se l'obiettivo è quello di proporre un nuovo modello di democrazia, che sappia colmare il gap ormai irrimediabilmente apertosi fra i cittadini e le istituzioni in seguito alla crisi economica strutturale di questi anni<sup>93</sup>, la vera sfida rimane quella di assicurare competenze in grado di rispondere concretamente ed efficacemente ai bisogni. La democrazia diretta, infatti, per quanto utile, non può certo costituire lo strumento per conseguire nella quotidianità gli obiettivi di governo, al punto che anche nell'esperienza storica in cui essa ha assunto un ruolo centrale, come nell'Atene del IV secolo a.C., era ampiamente temperata dall'assegnazione delle magistrature in larghissima misura all'aristocrazia, per educazione e tradizione capace di esprimere classe dirigente adeguata<sup>94</sup>. Ebbene, non pare dubbio che oggi il luogo naturale della selezione (e della formazione) della classe dirigente, in una democrazia matura e pluralista, sia e rimanga il partito politico, peraltro indicato dalla nostra stessa Costituzione, all'art. 49, come la via maestra attraverso la quale i cittadini possono concorrere a determinare la "politica nazionale"<sup>95</sup>. In sostanza, la qualità della classe dirigente (nella quale

---

producano un supporto concreto ai portavoce municipali e comunali e stabiliscano linee politiche a cui i portavoce regionali e nazionali debbano far riferimento; - Creazione di strumenti interni, in qualsiasi modo si dimostrerà utile, che consentano agli iscritti di avviare consultazioni referendarie e interrogazioni agli organi di vertice del Movimento; 5) CANDIDATURE, NOMINE e VALUTAZIONE DEI PORTAVOCE: - Riformulazione di criteri univoci, oggettivi e democratici per le candidature e le nomine all'interno del M5S, che premino l'esperienza, la competenza e il comprovato attivismo sui territori; - Apertura alla discussione di nuovi strumenti di valutazione degli eletti (...)"

<sup>90</sup> G. PASQUINO, *La lezione di Sartori, La rappresentanza politica*, cit.

<sup>91</sup> D. CHIRICO, *Tecnica e politica nelle dinamiche inter-ordinamentali*, in questa *Rivista, Studi*, 2009 (1° luglio 2009); G. MAJONE, *Integrazione europea, tecnocrazia e deficit democratico*, in *Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, AIR Osservatorio*, settembre 2010; C. PINELLI, *Governi populistici, governi tecnocratici, governi democratici*, in *Parolechiave*, 1/2012, 137 ss.

<sup>92</sup> COMMISSIONE DI VENEZIA, *Report on democracy*, cit, § 23, per il quale "le democrazie non sono tutte uguali. È vero che alcuni sistemi democratici favoriscono una rappresentanza migliore di altri. Certamente, la qualità della rappresentazione dell'interesse dei cittadini nella politica di un determinato paese dipende ampiamente dal modello accettato di selezione dei politici e dei dirigenti".

<sup>93</sup> Il tema della trasformazione della democrazia è divenuto di notevole attualità, non solo in Italia, in seguito alla crisi economica del 2008, come dimostra il documento della COMMISSIONE DI VENEZIA, *Report on democracy*, cit, per il quale "la crisi economica del 2008 – 2010 ha dimostrato la fragilità dei sistemi democratici europei e spesso la loro incapacità di fare fronte alle situazioni di crisi" (§ 7). Ciò avrebbe anche determinato "la necessità di inclusione della democrazia diretta che consente ai cittadini di esprimere le proprie opinioni e interessi e che crea una cittadinanza politicamente più sofisticata. Ciò contribuisce efficacemente all'obiettivo che tutti i livelli di potere siano guidati dall'interesse comune piuttosto che da interessi particolari" (§ 8).

<sup>94</sup> M. GALDI, *Il Contributo della Grecia antica al diritto pubblico dei moderni*, cit., 8. In generale su questa pagina di storia così cruciale v. M. H. HANSEN, *La democrazia ateniese nel IV secolo a. C.*, Milano 2003, *passim*.

<sup>95</sup> *Ex plurimis*: P. MARSOCCI, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, 2012 e, da ultimo, M. R. MAGNOTTA, *Costituzione e diritto vivente dei partiti politici*, in *Nomos*, 2/2019. Invero, occorre onestamente segnalare che il clima di guerra fredda che iniziò a spirare proprio negli ultimi mesi di lavoro dell'Assemblea costituente non consentì la regolamentazione dei partiti politici nel senso che si richiedesse una garanzia piena della democraticità interna. Non a caso, se nella I Sottocommissione, il 20 novembre 1946 fu approvato un ordine del giorno proposto da Dossetti che invocava la necessità di un riconoscimento giuridico dei partiti politici, quando Costantino

accanto alla competenza ricomprenderei quanto meno la duttilità e la propensione al dialogo) può essere solo il prodotto di un intenso e proficuo lavoro all'interno del partito politico, nel quale maturi il dibattito, si faccia formazione e informazione e si assumano le scelte programmatiche, anche utilizzando modelli partecipativi che valorizzino, attraverso la rete, la connettività fra le persone; nonché dove si selezionino le classi dirigenti, che ovviamente non devono essere formate solo dall'élite culturale del Paese, ma debbano rappresentare uno spaccato interclassista della società, cosa che i partiti maggiori della tanto vituperata (ed oggi spesso rivalutata) "prima Repubblica", attraverso l'esperimento di adeguati percorsi negli enti locali e, appunto, nei partiti, erano indubbiamente capaci di ottenere<sup>96</sup>.

La seconda esigenza è evidentemente di portata più generale. Attualmente la vera emergenza della democrazia italiana è quella di garantire, con legge dello Stato, meccanismi certi e trasparenti di partecipazione democratica all'interno delle formazioni politiche<sup>97</sup>. In realtà, i fenomeni di malaffare che hanno interessato i partiti negli anni di tangentopoli avrebbero da tempo richiesto un intervento chiaro del legislatore su di essi, perché, come autorevolmente sostenuto, "una nuova cultura della legalità esige, insieme alla questione morale, che i partiti appaiano e siano sub-legge"<sup>98</sup>. Ma a maggior ragione oggi la risposta dell'ordinamento non può più essere procrastinata, in presenza di leggi elettorali che continuano a garantire rendite di posizione intollerabili in capo ai leader dei partiti, liberi di indicare non "i candidati", ma gli "eletti" fra quanti assicurino maggiore fedeltà alla loro persona e non certo alla Repubblica, in chiaro dispregio dell'art. 67 Cost.<sup>99</sup>. Nonostante gli interventi della Consulta, infatti, le leggi elettorali vigenti nel nostro Paese continuano a prevedere, con un

---

Mortati presentò (insieme al collega Carlo Ruggiero), nella seduta dell'Assemblea del 22 maggio 1947, un emendamento che implicava la garanzia della democrazia interna ai partiti, questo fu respinto. Ecco il testo dell'emendamento Mortati: «Tutti i cittadini hanno diritto di riunirsi liberamente in partiti che si uniformino al metodo democratico nell'organizzazione interna e nell'azione diretta alla determinazione della politica nazionale». Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, III, Roma, 1970, 4159. Va ricordato che in quella stessa seduta intervenne anche Aldo Moro, per sostenere l'opportunità di costituzionalizzare il vincolo della democrazia interna alle forze politiche, in quanto, i partiti privi di "una base di democrazia interna" sarebbero stati incapaci di "trasfondere indirizzo democratico nell'ambito della vita politica del Paese". Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *La Costituzione della Repubblica*, cit., 4164.

<sup>96</sup> L. VERZICHELLI, *Mutamento e continuità nell'élite parlamentare repubblicana*, in *Ventesimo Secolo*, Vol. 8, No. 19, *Classi dirigenti ed élite politiche nella storia d'Italia*, Soveria Mannelli, 2009, 51 ss., in particolare 57.

<sup>97</sup> L'esigenza di una disciplina pubblicistica dei partiti comprende anche la necessità di garantire che si svolgano in modo imparziale le consultazioni degli iscritti mediante forme di *e-voting*, di cui iniziano a servirsi i partiti e movimenti politici ed è presumibile si serviranno in modo sempre più diffuso per il futuro. Il tema della sicurezza del voto in rete, infatti, è stato di recente posto all'attenzione dell'opinione pubblica dal Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali su *data breach*, del 4 aprile 2019, n. 9101974 (reg.provv. n. 83), reperibile all'indirizzo telematico [www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9101974](http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9101974), con il quale il Garante, a fronte di un articolato procedimento e di vari accertamenti tecnici ed a fronte di adeguamenti ritenuti solo parziali rispetto alle prescrizioni impartite, "pur avendo constatato come le attività poste in essere abbiano migliorato in modo significativo gli aspetti di sicurezza della piattaforma Rousseau", ha comminato all'Associazione Rousseau, "quale responsabile del trattamento e in tale qualità trasgressore, il pagamento, (...) di euro 50.000 a titolo di sanzione per la violazione di cui al combinato disposto degli artt. 32 e 83, paragrafo 4, lettera a) del Regolamento (UE) 2016/679". Si riassumono le contestazioni del Garante, che metterebbero a rischio "i diritti e le libertà degli utenti del sistema di e-voting" in *Le 6 contestazioni formulate dal Garante Privacy italiano nei confronti dell'associazione Rousseau - M5s*, in [Ius Privacy](#). Sul tema v., anche, A. PESCAPÈ, *Voto elettronico è come sperimentare su cavie umane, ecco perché*, in [Agenda digitale](#) del 2 settembre 2019. Per completezza si riporta anche la posizione espressa dal responsabile dell'Associazione Rousseau, citata da G. VITALE, *M5S, Garante della privacy multa Rousseau: "Voto manipolabile". La replica: "Uso politico dell'authority"*, in [Repubblica.it](#) del 4 aprile 2019. Esprime da ultimo dubbi circa l'assenza di un meccanismo di certificazione del voto collocato in posizione di terzietà nonché sul monopolio nella formulazione della domanda su cui far svolgere la consultazione M. OLIVETTI, *Osservazioni sparse*, cit., 14.

<sup>98</sup> L. ELIA, *Per una legge sui partiti*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, 411.

<sup>99</sup> Collega espressamente l'attuale sistema elettorale alla necessità di provvedere ad una nuova "disciplina di tipo pubblicistico" che assicuri democraticità interna ai partiti: R. De Menech, in A.C. 558/2018, cit., 2, ove afferma: "già da alcuni anni, con l'approvazione della legge n. 52 del 2015, più nota come *Italicum* (che, prima dell'attuale legge cosiddetta *Rosatellum*, disciplinava il sistema di elezione delle Camere), il tema della regolazione dei partiti politici è tornato di grande attualità, poiché i partiti sono tornati ad essere i soggetti decisivi del sistema elettorale".

sistema che garantisce loro fino al 60% dei seggi in Parlamento, capilista bloccati decisi dai segretari di partito<sup>100</sup>, non necessariamente in funzione dello spessore professionale e culturale ovvero della militanza politica dei candidati, quanto della presunta fedeltà al capo<sup>101</sup>, con l'ulteriore svantaggio di allontanare in tal modo non solo i cittadini dalle istituzioni, ma anche gli stessi eletti dal corpo elettorale, considerandosi i primi piuttosto responsabili nei confronti di chi li ha scelti e solo secondariamente di chi li ha votati<sup>102</sup>. Ma soprattutto, l'emergenza segnalata è diventata addirittura vitale in seguito all'approvazione definitiva - lo scorso 8 ottobre - della legge di riforma costituzionale che riduce di un terzo il numero dei parlamentari<sup>103</sup>, anche per gli effetti che il combinato disposto fra questa riforma e la legge n. 51 del 2019 potrà determinare da una parte sulla rappresentanza delle minoranze politiche, dall'altra sull'ulteriore intensificarsi del vincolo che lega gli eletti ai partiti di appartenenza<sup>104</sup>.

Ora, non vi è dubbio che i Cinque Stelle, proprio in ragione della matrice giacobina della loro ideologia, siano refrattari ad organizzarsi in partito; non da ultimo in ragione del pessimo ricordo che ha lasciato di sé la stagione storica chiusasi con "tangentopoli", in cui il potere era detenuto

---

<sup>100</sup> V. TONDI DELLA MURA, *La discrezionalità del legislatore in materia elettorale, la «maieutica» della consulta e il favor (negletto) verso il compromesso legislativo: continuità e discontinuità fra le sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, ove si ricostruisce la recente giurisprudenza costituzionale in materia elettorale, giudicandosi non del tutto ragionevoli le valutazioni da ultimo svolte dalla Consulta nella [decisione n. 35 del 2017](#). Ai fini che ci occupano, preme sottolineare il ragionamento che compie l'A. rispetto alla conferma da parte della Consulta della disciplina relativa ai capilista bloccati: ID., 341, 26 ss. L'A. parte dall'affermazione del giudice rimettente, il quale ipotizza una violazione del diritto di voto degli elettori, nella misura in cui "il sistema del voto bloccato avrebbe potuto interessare sino al 60% degli eletti". La Corte, applicando una logica strettamente sillogistica rispetto al suo precedente ([Corte cost. n. 1/2014](#)) esclude l'incostituzionalità e fa salva la discrezionalità del legislatore. A questo punto l'Autore evidenzia il punto debole della decisione della Corte: «E tuttavia, proprio la rigidità del sillogismo tratteggiato ha fatto emergere il sostanziale *cedimento* della Consulta verso le ragioni politiche sottese all'*Italicum*. Nell'argomentazione impiegata, la prospettiva di una Camera composta per il 60% da *nominati* dalle segreterie di partito è stata intesa come meramente eventuale, in quanto condizionata al verificarsi di "variabili" di ordine politico. Essendo connessa, "di fatto, anche [al] modo in cui il sistema dei partiti è concretamente articolato", detta prospettiva è stata derubricata nella categoria dei meri "inconvenienti di fatto" e, dunque, è stata ritenuta non sindacabile dalla giustizia costituzionale». E tuttavia, «la dichiarazione d'infondatezza non si è mostrata lineare sul duplice piano della razionalità e della ragionevolezza, non essendo sufficiente demandare la selezione dei candidati alla responsabilità dei partiti politici, per poter conseguire un esito coerente con l'orientamento giurisprudenziale e conforme alle finalità della legge elettorale. Tanto più che, in assenza di regole sulle elezioni primarie o sulla disciplina interna dei partiti, la responsabilità dei partiti invocata dalla sentenza a rimedio della questione scrutinata, paradossalmente costituisce, più che la soluzione, proprio la parte cruciale del problema»: ID., 27.

<sup>101</sup> V. TONDI DELLA MURA, *La discrezionalità del legislatore in materia elettorale*, cit., 28 s., ove si configura "la candidatura alla stregua di un «premio di fedeltà» da dispensare sulla base della comprovata obbedienza alle indicazioni di partito; rilievo, questo, tanto più stringente, ove rapportato allo stato «gassoso» più che «liquido» che caratterizza i partiti politici, ridotti a comitati elettorali di un leader che decide in splendida solitudine la «linea» politica, facendola poi avallare dagli organismi dirigenti".

<sup>102</sup> COMMISSIONE DI VENEZIA, *Report on democracy*, cit, § 19, per il quale "i politici eletti nell'ambito di sistemi per i quali i cittadini votano gli elenchi dei partiti piuttosto che i singoli rappresentanti tendono ad essere dapprima responsabili nei confronti della leadership del proprio partito e, solo secondariamente, nei confronti dei cittadini".

<sup>103</sup> Per la quale v., *retro*, nt. 62.

<sup>104</sup> Al riguardo è opportuno segnalare anche la riflessione di F. CLEMENTI, *Sulla proposta costituzionale di riduzione del numero dei parlamentari*, cit., 29 circa l'effetto che il combinato disposto fra la riduzione del numero dei parlamentari e la legge n. 51 del 2019 potrà determinare sulla rappresentanza delle minoranze politiche e sull'intensificarsi ulteriore del vincolo che lega gli eletti ai partiti di appartenenza. Se infatti, "la rappresentanza delle minoranze politiche" sarà "pressoché impossibile in molte realtà", solo la garanzia della democraticità interna ai partiti maggiori potrà assicurare uno spazio di espressione per queste minoranze; del pari, se "il numero ridotto dei parlamentari eletti rafforza il vincolo che li lega ai partiti" (in questo caso le parole virgolettate e citate a propria volta da F. CLEMENTI, *Sulla proposta*, cit, si riferiscono all'audizione di S. CURRERI, in *Atti Camera, Resoconto stenografico*, 26 marzo 2019, 9), a maggior ragione si rende indispensabile garantire con legge la democrazia interna ai partiti, per evitare che il legame si instauri solo fra eletti e leader e non, piuttosto, fra eletti e base del partito.

principalmente dai partiti politici<sup>105</sup>, tanto da far parlare di “partitocrazia”<sup>106</sup> o di “Repubblica dei partiti”<sup>107</sup>. Tuttavia, questo pregiudizio ideologico (e storico) andrebbe superato, anche perché, altrimenti opinando, di fatto si contraddice uno dei principi strumentali portanti della Costituzione repubblicana: principio complesso, che trova un saldo radicamento non solo nell’art. 49 Cost., ma anche e, ancor prima, nella previsione in Costituzione delle formazioni sociali, intese come luogo nel quale si sviluppa la personalità individuale (art. 2 Cost.), della libertà di associazione (art. 18 Cost.) e della sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.). Peraltro, al di fuori di questo approccio, si alimenta la sensazione che il Movimento, pur rifiutando la qualificazione di “partito”, abbia assunto molti dei caratteri che stanno connotando i partiti politici nel nostro Paese, fin dai primi anni ’90, allorché i c.d. partiti democratici di massa sono stati soppiantati dai “partiti post-democratici del leader”, cioè da strutture leggere, prive di organizzazione, senza radicamento locale e sostanzialmente mancanti di una cultura politica adeguata<sup>108</sup>, sempre più connotati, cioè, in senso verticistico ed oligarchico<sup>109</sup>. Insomma, la scommessa di incarnare una nuova stagione della democrazia, più trasparente, effettivamente partecipata, meno influenzata dalle *lobby* e dagli interessi forti, passerà pure dal potenziamento della democrazia diretta<sup>110</sup> o dal limite dei mandati, ma non potrà eludere il fondamentale banco di prova rappresentato dalla valorizzazione dello “strumento costituzionale” del partito politico, rinnovato, liberato da tentazioni leaderistiche, finalmente “regolato” (e controllato)<sup>111</sup> in modo da assicurare quella democrazia interna e quelle garanzie di partecipazione politica (non da ultimo in sede giudiziale), che in altri ordinamenti statali sono da anni una realtà<sup>112</sup>.

<sup>105</sup> Descrive in modo particolarmente chiaro e direi “crudo” il sistema di corruzione imperniato sui partiti e la sua evoluzione negli anni successivi a tangentopoli A. VANNUCCI, *Corruzione nella politica e corruzione della politica: l’evoluzione del caso italiano*, in A. PERTICI - M. TRAPANI (curr.), *La prevenzione della corruzione*, Atti del Convegno di Pisa, 5 ottobre 2018, Torino, 2019, 23 ss.

<sup>106</sup> E. CAPOZZI, *Partitocrazia. Il “regime” italiano e i suoi critici*, Napoli, 2009, ove si ricostruisce il tema dell’avversione ai partiti politici dall’unificazione nazionale al fascismo (11 ss.), nonché la polemica antipartitica nella crisi della “prima Repubblica” (103 ss.).

<sup>107</sup> P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Profilo storico della democrazia in Italia (1945-1990)*, Bologna, 1991. D’altronde che i partiti politici avessero un ruolo centrale nell’indirizzare le istituzioni è stato teorizzato da C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, con riferimento al partito fascista, e, nelle successive edizioni dell’opera, con riferimento più in generale al sistema dei partiti. V., da ultimo, l’edizione del 1998.

<sup>108</sup> C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 1/2018. Sul ruolo dei leader di partito v. M. CALISE, *La democrazia del leader*, in *Il Mulino*, 2/2015.

<sup>109</sup> COMMISSIONE DI VENEZIA, *Report on democracy*, cit., § 24, secondo cui “in un certo numero di Paesi democratici, nonostante un ambiente effettivamente pluralistico, l’influenza degli apparati di partito e il controllo da parte dell’élite di partito è in aumento e la rappresentazione degli interessi individuali sta diminuendo, concentrandosi il potere politico nelle mani di pochi, con la conseguenza che si ripresenti il pericolo del modello oligarchico, descritto da Ostrogorski e Michels”. Esprime dubbi, sia pure *en passant*, sulla coerenza con il principio democratico del modello di *governance* interna del Movimento Cinque Stelle M. OLIVETTI, *Osservazioni sparse*, cit., 14, nt. 22.

<sup>110</sup> In vero, questa positiva aspettativa rispetto agli istituti di democrazia diretta non è generalmente condivisa. V., ad es., M. GORLANI, *Il referendum propositivo e l’iniziativa popolare: l’esempio nordamericano e la prospettiva delle regioni italiane*, in *Le Regioni*, 3/2008, 490 ss., che denuncia per il referendum propositivo il rischio di iniziative demagogiche sostenute da gruppi di interesse dotati di risorse per una campagna elettorale che possa orientare il consenso (491). In tal senso già G. AMBROSINI, *Referendum*, Torino, 1993, 122, a giudizio del quale l’attività propositiva si presta a spinte di tipo corporativo; infine, v. S. RODRIQUEZ, *I limiti della democrazia diretta, L’iniziativa popolare nell’esperienza svizzera e statunitense, con uno sguardo all’Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2017, 497.

<sup>111</sup> F. LANCHESTER, *Il problema del partito politico: regolare gli sregolati*, in *Quad. cost.*, 3/1988, 487 ss.

<sup>112</sup> Tentativi di favorire una riforma dal basso dei partiti si sono registrati nel nostro ordinamento a partire dalla legge 6 luglio 2012, n. 96, recante “norme in materia di riduzione dei contributi pubblici in favore dei partiti e dei movimenti politici, nonché misure per garantire la trasparenza e i controlli dei rendiconti dei medesimi. Delega al Governo per l’adozione di un testo unico delle leggi concernenti il finanziamento dei partiti e dei movimenti politici e per l’armonizzazione del regime relativo alle detrazioni fiscali”. Per la prima volta, infatti, con questa legge l’ordinamento italiano ha imposto ai partiti statuti e atti costitutivi vincolati nei contenuti ad una, per quanto generica, conformità ai principi di democrazia interna, quale onere per accedere ai contributi. Ha proseguito questa strada il D.L. 28 dicembre 2013, n. 149 (convertito nella l. 21 febbraio 2014, n. 13), che ha abolito il sistema di finanziamento pubblico diretto dei partiti politici, prevedendo al suo posto un meccanismo di finanziamento consistente in detrazioni fiscali delle donazioni private, oltre che nella destinazione volontaria del 2 per mille dell’imposta sul reddito delle persone fisiche: la

Da questo punto di vista, non pare affatto azzardato affermare che, accanto e forse ancor prima della riforma elettorale, di quella dei regolamenti parlamentari e del corpo elettorale per l'elezione del Presidente della Repubblica, dopo l'approvazione della riforma costituzionale che taglia il numero dei parlamentari<sup>113</sup> l'emergenza per la democrazia italiana sia diventata una riforma legislativa dei partiti politici, che ne assicuri la democrazia interna. Peraltro, a seguito di questa riforma, potrebbe anche considerarsi la possibilità di introdurre a livello costituzionale il limite dei mandati parlamentari - reso più opportuno dell'esiguità del numero dei parlamentari e quindi dall'esigenza di assicurarne un significativo e periodico ricambio<sup>114</sup>, ma al tempo stesso garantito nella qualità dei rappresentanti da un scrutinio severo, trasparente e democratico operato all'interno dei partiti - nonché, forse, la stessa abolizione del divieto di mandato imperativo, con la possibilità di configurare un "mandato di partito", sul modello spagnolo, giustificato proprio in ragione del dibattito democratico e della partecipazione di tutti gli iscritti alle decisioni garantito dall'ordinamento.

---

contribuzione da parte dei privati, infatti, è subordinata, fra l'altro, all'adozione da parte dei partiti di statuti che diano garanzia di democrazia interna, all'iscrizione in un apposito registro, alla pubblicizzazione tramite internet delle informazioni relative agli organi associativi, al funzionamento interno e ai bilanci, alla riduzione delle risorse loro spettanti per i partiti che non rispettino le norme in materia di parità di accesso alle cariche elettive. Sul tema v. R. DICKMANN, *La contribuzione su base volontaria ai partiti politici prevista dal decreto legge n. 149 del 2013. Molte novità ed alcuni dubbi di costituzionalità*, in [Federalismi.it](#), 5/2014. Di recente analizza la capacità di adattamento dei partiti al nuovo meccanismo di finanziamento P. IGNAZI - C. FORELLI, *Le risorse dei partiti. I partiti italiani alla prova della legge n. 13 del 21 febbraio 2014*, in [Nomos](#), 1/2019. Tuttavia, questi tentativi non sono sufficienti. Sussiste piuttosto la necessità di una legge generale, per la quale si registrano diverse proposte nelle trascorse legislature in Parlamento e un ampio dibattito in dottrina, in cui si elenchino dettagliatamente gli elementi indispensabili per qualificare in senso democratico la vita interna dei partiti. Cfr. E. CHELI - S. PASSIGLI, *La disciplina dei partiti politici*, in *Astrid, Proposte di politiche pubbliche per il governo del Paese*, Bagni a Ripoli, 2013, 38. Si veda, inoltre, I. LAGROTTA, *La crisi dei partiti e la democrazia in Italia*, Bari, 2018; A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale. I fattori normativi*, Milano, 2018; F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017; P. MARSOCCHI, *La possibile disciplina (legislativa) dei partiti politici e il suo collegamento con il loro finanziamento*, in [Costituzionalismo.it](#), 1/2017; F. CLEMENTI, *Prime considerazioni intorno ad una legge di disciplina dei partiti politici*, in [Federalismi.it](#), 6/2015; A. POGGI, *La democrazia nei partiti*, in [Rivista AIC](#), 4/2015; A. MASTROPAOLO, *Della problematica convivenza tra democrazia e partiti*, in [Costituzionalismo.it](#), 2/2013. Per un approccio di diritto comparato v. E. CATERINA, *Strumenti e rimedi a tutela della democrazia interna ai partiti politici: un'analisi nell'ordinamento tedesco*, in *Democrazia e diritto*, 1/2016, 143-168 e G. SAVOIA, *Democrazia interna nei partiti politici in Italia e nell'Unione europea: discipline a confronto*, in [Federalismi.it](#), 6/2014.

Nonostante l'urgenza di fare fronte alla regolamentazione dei partiti politici, nel corso dell'attuale legislatura risulta presentato un solo progetto di legge in tal senso da parte di Roger De Menech, del gruppo PD. Cfr. *Atti parl., XVIII Legislatura, Camera dei Deputati*, n. 558/2018, depositato il 24 aprile 2018. Il progetto prevede che i partiti, con l'iscrizione nel registro tenuto dalla "Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici", di cui all'articolo 9, comma 3, della legge 6 luglio 2012, n. 96, ottengano la personalità giuridica, con la conseguente applicazione dei controlli previsti dall'art. 23 c.c., secondo il quale le deliberazioni dell'assemblea dell'ente riconosciute contrarie alla legge, allo statuto o all'atto costitutivo possono essere annullate su domanda dell'ente, di qualunque associato o del pubblico ministero. In ragione di questa proposta, "l'acquisizione della personalità giuridica costituisce condizione per la presentazione delle candidature e delle liste di candidati per l'elezione alla Camera dei deputati, com'è oggi regolamentata dal *Rosatellum* (articolo 2) e per l'accesso ai benefici previsti dal citato decreto-legge n. 149 del 2013". Cfr. A.C. n. 558/2018, cit., 5.

<sup>113</sup> Quanto ai contrappesi ipotizzati dalle forze politiche si veda l'intervento del relatore alla Camera, in sede di ultima lettura, sulla proposta di legge costituzionale S. 214-515-805-B, recante Modifiche agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari, Giuseppe Brescia, nonché l'intervento di Stefano Ceccanti, entrambi reperibili in *Atti parl., XVIII Legislatura, Camera dei Deputati, Resoconto stenografico*, Seduta di lunedì 7 ottobre 2019, rispettivamente 3 e 41 ss.

<sup>114</sup> Se, infatti, come si è visto, il limite dei mandati previsto nei regolamenti interni del Movimento Cinque Stelle risponde solo ad una logica di natura ideologica, ben altra cosa sarebbe il limite ove scritto direttamente in Costituzione. In questa sede, infatti, esso varrebbe ad eliminare quel vantaggio competitivo che indubbiamente hanno i parlamentari uscenti rispetto agli altri candidati.

## Antonio Ruggeri

### Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale

SOMMARIO: 1. Come si interpretano gli enunciati che danno il riconoscimento dei diritti fondamentali e come questi ultimi incidono sulla interpretazione costituzionale in genere. – 2. La questione preliminare relativa al riconoscimento dei nuovi diritti costituzionali e i modi con cui si compongono e reciprocamente bilanciano gli elementi costitutivi dell'interpretazione. – 3. L'interpretazione "conforme", le aporie teoriche della costruzione corrente che ne rinviene il fondamento nel rapporto gerarchico intercorrente tra la fonte interpretata e quella assunta a parametro, la varietà dei tipi e sottotipi in cui la tecnica in parola si articola e svolge. – 4. La ricerca della "conformità" in seno alla stessa Carta costituzionale e il ruolo di cruciale rilievo al riguardo giocato dal contesto e da consuetudini culturali invalse nel corpo sociale e recepite dagli organi di apparato. – 5. L'interpretazione dei principi fondamentali, l'identità costituzionale, la mutua integrazione della Costituzione e delle altre Carte dei diritti. – 6. L'immagine piramidale delle Carte dei diritti consegnataci dalla giurisprudenza costituzionale e le oscillazioni di quest'ultima tra schemi ricostruttivi d'ispirazione formale-astratta e schemi d'ispirazione assiologico-sostanziale. – 7. Le risorse cui attingere al fine di contenere (se non pure parare del tutto) il rischio dell'*autoritarismo giudiziario secondo occasione*, nel momento in cui si fa valere il canone fondamentale della massimizzazione della tutela dei diritti (in ispecie, il "*dialogo*" *intergiurisprudenziale*, le *consuetudini giudiziarie* e la scrupolosa osservanza dei canoni del processo quali garanzie della "*giurisdizionalità*" della *giurisdizione*).

#### 1. Come si interpretano gli enunciati che danno il riconoscimento dei diritti fondamentali e come questi ultimi incidono sulla interpretazione costituzionale in genere

I termini della relazione evocati nel titolo dato alla succinta riflessione che mi accingo a svolgere possono comporsi ad unità essenzialmente in due modi e rimandano pertanto ad un duplice, internamente articolato quesito: come s'interpretano gli enunciati costituzionali che danno il riconoscimento dei diritti fondamentali e in che modo questi ultimi incidono sulla interpretazione costituzionale in genere, avuto specifico riguardo ai disposti concernenti tanto le dinamiche interne all'apparato governante, espressive della c.d. "forma di governo", quanto di quelle che connotano le relazioni tra l'apparato stesso e la comunità governata (la c.d. "forma di Stato", per riprendere categorie teoriche, come si sa, risalenti e nondimeno bisognose di talune non secondarie precisazioni<sup>1</sup>).

Si tratta, in realtà, delle due facce di una sola medaglia, dal momento che gli esiti teorico-ricostruttivi raggiunti lungo l'un versante lasciano comunque il segno su quelli che vengono a maturazione sull'altro, e viceversa. E ciò, per la elementare ragione che la Costituzione esprime una unità inscindibile nelle sue parti. Non a caso, d'altronde, la più avvertita dottrina ha da tempo messo in chiaro che anche innovazioni operate con le procedure stabilite nell'art. 138, seppur circoscritte alla sola parte organizzativa, possono poi avere (e, non di rado, effettivamente hanno) la loro ricaduta sulla parte sostantiva (e, ulteriormente risalendo, sugli stessi principi fondamentali), avendosi pertanto conferma dell'impossibilità di tenere rigidamente separate le due parti in cui si

---

<sup>1</sup> Il loro critico ripensamento s'impone specie alla luce degli sviluppi del processo d'integrazione sovranazionale e delle vicende che maturano in seno alla Comunità internazionale, gli uni e le altre in varia (e sempre più rilevante) misura incidenti sulle dinamiche politico-istituzionali di diritto interno; è pur vero, però, che queste ultime possono, per la loro parte, lasciare un segno alle volte non effimero sul processo suddetto nonché sulle relazioni tra i soggetti della Comunità internazionale.

Faccio ora solo un esempio a conferma di quest'assunto, traendolo dall'attualità politico-istituzionale del nostro Paese; e, dunque, si pensi al diverso clima che si respira tra i *partners* europei a seguito dell'uscita dal Governo della Lega, un movimento politico che – come si sa – è andato soggetto ad un'autentica mutazione genetica, essendosi trasformato da territorialmente localizzato e – perlomeno *secundum verba* – separatista in uno nazionalista ad oltranza e diffuso per l'intero territorio della Repubblica. La disponibilità dell'Unione e di alcuni tra i maggiori Stati che la compongono a venire incontro alle aspettative di cui si fa portatore il Governo da noi oggi in carica è certamente da riportare al mutamento di colore e d'indirizzo della maggioranza, specie su talune questioni di cruciale rilievo.

articola il dettato costituzionale e tutte assieme dai principi fondamentali dai quali esse si tengono<sup>2</sup>. Un esito, questo, che è da tener fermo anche con riguardo ai risultati conseguiti per via d'interpretazione, tant'è che modifiche tacite si sono per questa via avute praticamente a tappeto, non lasciando indenne alcun angolo, foss'anche il più remoto, del campo costituzionale, caricandosi e variamente condizionandosi a vicenda<sup>3</sup>. È poi appena il caso qui di avvertire che le disposizioni costituzionali, pur nella loro indeclinabile vocazione a fare “sistema”, non sono strettamente ed indissolubilmente legate l'una all'altra, come lo sono coloro che in cordata scalano una montagna, tant'è che la caduta per via legale ovvero la trasformazione semantica per via d'interpretazione subita dall'una disposizione o anche da un “insieme” di esse particolarmente contigue *ratione materiae* non per ciò si traduce in una innovazione profonda apportata all'intero documento al quale appartengono e – ciò che maggiormente importa – ai principi fondamentali che ne risulterebbero dunque fatalmente contagiati. Se invece così fosse, in nome della salvaguardia di questi ultimi – comunemente, come si sa, considerati non passibili di revisione<sup>4</sup> – si perverrebbe all'esito paradossale della pietrificazione dell'intero ordinamento: un effetto, questo sì, che recherebbe un *vulnus* non rimediabile ai principi stessi, i quali possono spiegare tutto quanto il loro formidabile potenziale espressivo, facendolo valere nell'esperienza, alla sola condizione che l'intero dettato costituzionale (compresi, dunque, i principi stessi) possa (e debba) andare soggetto a continuo aggiornamento semantico<sup>5</sup>, sì da potersi senza sosta rigenerare ed assolvere alla funzione alla quale è chiamato, che è appunto di dare un orientamento agli svolgimenti concreti dell'esperienza stessa, tenendo nondimeno conto dei più avvertiti bisogni in essa emergenti (per ciò che qui è di specifico rilievo, di quelli di essi che sono diffusamente sentiti dal corpo sociale come nuovi diritti fondamentali, ai quali occorre dare urgente ed adeguato appagamento).

## 2. La questione preliminare relativa al riconoscimento dei nuovi diritti costituzionali e i modi con cui si compongono e reciprocamente bilanciano gli elementi costitutivi dell'interpretazione

La questione che prima di ogni altra si pone (e che, come subito si vedrà, incide sulla messa in atto delle tecniche della interpretazione costituzionale) è proprio quella relativa al riconoscimento di ciò che è, in sé e per sé, un “diritto fondamentale”<sup>6</sup>, la quale poi di tutta evidenza condiziona l'altra concernente il modo o i modi con cui far luogo alla individuazione degli enunciati positivi in genere

<sup>2</sup> Tra gli altri, v. M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”. Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Cedam, Padova 1985, 497 ss., e G. SILVESTRI, *I principi e le istituzioni: i rapporti tra prima e seconda parte della Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di A. Giorgis - E. Grosso - J. Luther, Einaudi, Torino 2016, 291 ss.

<sup>3</sup> Su tutto ciò, notazioni di vario segno, di recente, nei contributi di AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, nonché in S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss.

<sup>4</sup> Ma v., su ciò, le riserve e precisazioni che sono nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., 367 ss. Sui limiti alle innovazioni costituzionali v., di recente, F. FERRARI, *Studio sulla rigidità costituzionale. Dalle Chartes francesi al Political Constitutionalism*, FrancoAngeli, Milano 2019, e M. CALAMO SPECCHIA, *Parlamento e revisione costituzionale tra garanzie procedurali, diritti di partecipazione e tendenze maggioritarie*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 33 ss.

<sup>5</sup> E, d'altronde, sarebbe ben strano che ciò che possa farsi per via d'interpretazione (segnatamente, da parte dei giudici) non possa invece aver luogo per via legislativa, se del caso facendo appunto luogo ad una congrua, misurata e vigilata revisione degli stessi principi fondamentali, vale a dire a mezzo del massimo atto di potere costituito, nei cui riguardi ogni altro atto è comunque chiamato a prestare ossequio: una revisione – si è chiarito in altri luoghi – a *finalità inclusiva*, tendente cioè a valorizzare ancora di più la portata prescrittiva degli enunciati espressivi dei principi stessi, nel segno della fedeltà alla loro matrice originaria.

<sup>6</sup> Se n'è, ancora non molto tempo addietro, discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Cassino il 10 e 11 giugno 2016, su *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.



(e costituzionali in ispecie) che riguardano i diritti in parola, laddove esistenti, e, di seguito a questa, il modo o i modi con cui far luogo alla loro interpretazione, ovvero, con riguardo a diritti ancora in attesa di disciplina, il modo con cui quest'ultima può venire alla luce.

In generale, tanto per i diritti vecchi quanto (e soprattutto) per i nuovi, non può ora riprendersi *ab ovo* il grumo di problemi di ordine teorico-pratico che avvolge la nozione stessa di “diritto fondamentale”: un sintagma nel quale la varietà di significati e valenze di cui il sostantivo, nel corso della sua lunghissima storia, si è caricato si somma alla parimenti estesa gamma di accezioni esibita dall'aggettivo qualificativo. Su tutto ciò rimando, dunque, agli esiti teorici raggiunti in altri luoghi di riflessione scientifica<sup>7</sup>, dai quali qui muovo nel momento in cui mi interrogo – ed il quesito riveste, com'è chiaro, cruciale rilievo – se gli enunciati positivi che si assumano espressivi del riconoscimento dei diritti in parola richiedano di essere fatti oggetto di tecniche interpretative peculiari, ad essi congeniali e perciò almeno in parte diverse dalle tecniche usualmente considerate valide per gli enunciati di diritto in genere. Si tratta, dunque, di stabilire se i connotati comunemente considerati propri dell'interpretazione ricevano degli adattamenti (e, se sì, quali) per il fatto che quest'ultima si applica ad enunciati concernenti i diritti.

Cinque, a mio modo di vedere, gli elementi costitutivi o, se più piace dire, i punti di riferimento dell'interpretazione: la lettera, la *ratio*, l'*original intent*, il contesto (con specifico riguardo, per ciò che concerne l'interpretazione costituzionale, a quello politico-istituzionale ed economico-sociale) e il carattere c.d. “conforme”, vale a dire l'orientamento o la funzionalizzazione dell'interpretazione, un orientamento che, sul terreno su cui maturano le esperienze riguardanti i diritti, riceve – come si vedrà a momenti – luce dal canone fondamentale della massimizzazione della tutela dei diritti evocati in campo dal caso.

Ora, nessuno degli elementi suddetti può pretendere di affermarsi tirannicamente sugli altri e tutti richiedono di comporsi in un sistema armonico e coerente nelle sue parti, a mezzo di reciproci bilanciamenti complessivamente appaganti.

È interessante notare che anche canoni interpretativi dalla risalente tradizione sono stati (e sono) fatti oggetto, specie alla luce degli sviluppi di contesto di più recente riscontro, di revisione teorica e, comunque, di non secondarie precisazioni. Così, ad es., con riferimento al canone letterale, da una recente (e discussa) pronuncia del giudice costituzionale, la [n. 1 del 2013](#), lapidariamente qualificato come “primitivo” laddove dovesse farsene un uso esasperato e, a conti fatti, assorbente. La lettera, nondimeno, delinea pur sempre i confini dell'area materiale, per larga che sia (specie in relazione ad enunciati che si avvalgono di un linguaggio fatto a maglie assai ampie e diradate), entro la quale va condotta la ricerca dei significati astrattamente possibili.

La lettera, poi, laddove non adeguatamente vigilata, può tradire e distorcere tanto la *ratio*<sup>8</sup> quanto l'*original intent*, il quale ultimo pure dev'essere tenuto in conto<sup>9</sup>, senza tuttavia che possa farsene

<sup>7</sup> ... e, segnatamente, nel mio [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela, in AA.VV., Cos'è un diritto fondamentale?](#), cit., 337 ss., nonché in questa [Rivista, Studi, 2016/II](#), 263 ss.

<sup>8</sup> A giudizio di una sensibile dottrina (A. VIGNUDELLI, “*Quant'è bella correttezza, che si fugge tuttavia...*”. Parte seconda. *Dinamica giuridica*, in A. VIGNUDELLI, *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, II, *Saggi, repliche e interventi*, a cura di F. Pedrini e L. Vespignani, in *Quad. di Lo Stato*, Mucchi, Modena 2018, spec. 995 ss.), l'intenzione del legislatore non sarebbe altro che una “*specificazione storicizzata*” del criterio letterale (999; il corsivo è testuale); sta di fatto però che la lettera dell'art. 12 prel. tiene distinto l'uno dall'altro canone interpretativo. Che poi il disposto in parola esprima canoni interpretativi ormai inadeguati ai tempi è questione, come si sa assai discussa, della quale ora non è possibile farsi carico [riferimenti in P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano 1999, 496 ss.; A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice civile*, Utet, Torino 1999, 3 ss.; L. TULLIO, *Commento agli artt. 12-16 delle Disposizioni preliminari al codice civile*, in AA.VV., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Disp. Prel. e Libro I<sup>3</sup>*, a cura di G. Perlingieri, ESI, Napoli 2010, 162 ss.; V. VELLUZZI, *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, ETS, Pisa 2012, e, dello stesso, *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, ETS, Pisa 2013; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 3 ss.; M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2015, spec. 87 ss., nonché i contrastanti punti di vista di A. VIGNUDELLI e M. BARBERIS, per un verso, e G. PINO, per un altro, alimentati dal

un utilizzo eccessivamente rigido, da cui conseguirebbe una innaturale pietrificazione semantica dei dati normativi, soffocati nella loro vocazione ad evolversi in ragione dei tempi (o, diciamo pure, del contesto), in ispecie – per ciò che qui maggiormente importa – ad assecondare le pretese di appagamento reclamate da nuovi diritti emergenti dal tessuto sociale.

Malgrado la necessità di interpretazioni “evolutive” – come si è soliti chiamarle – degli enunciati positivi in genere e costituzionali in ispecie, resta il fatto che, a motivo della circostanza per cui l'*original intent* ha pur sempre da confrontarsi (e, se del caso, bilanciarsi) con la lettera, ineludibile è il ricorso ad una nuova positivizzazione volta a colmare carenze del dettato originario e, se del caso, a portare alla luce ed a dare congruo riconoscimento prima e tutela poi a bisogni elementari dell'uomo espressivi di nuovi diritti<sup>10</sup>.

Si tratta, dunque, di chiedersi quale sia lo strumento allo scopo adeguato.

Già altrove<sup>11</sup> mi sono ripetutamente dichiarato dell'idea che la “invenzione” di un nuovo diritto richieda, a prima battuta, l'adozione di una disciplina di forma costituzionale; e ciò, per plurime ragioni, tra le quali quella per cui appare ripugnante con l'idea stessa di “diritto fondamentale” il riconoscimento di quest'ultimo ad opera di uno strumento, quale la legge comune, che il più delle volte è, fisiologicamente, divisivo, a motivo del suo essere il frutto di una contrapposizione tra le forze politiche, come tale risultando passibile di frequenti e ripetuti rifacimenti, non soltanto per effetto di un eventuale cambio di maggioranza ma persino ad opera della stessa maggioranza che vi abbia dato vita<sup>12</sup>. Ripugnante è, poi, altresì l'idea che il diritto venuto alla luce con legge ordinaria possa quindi soggiacere ad operazioni di bilanciamento con i diritti riconosciuti dallo stesso potere costituente, se del caso prevalendo in una vicenda data su questi ultimi.

V'è di più; ed è che solo gli atti che nel massimo grado sono espressivi di potere costituito appaiono essere, in via di principio, in grado di dare le migliori garanzie circa la bontà della scelta da essi fatta, vale a dire che nei diritti da essi “inventati” si rispecchino fedelmente quei bisogni elementari dell'uomo profondamente radicati nel corpo sociale, di cui poc'anzi si diceva.

È poi evidente che la disciplina costituzionale qui nuovamente vagheggiata dovrà limitarsi, conformemente alla propria natura, a far luogo alle sole indicazioni di base, bisognose di essere

corposo studio dello stesso A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Giappichelli, Torino 2011, e ora rappresentati in A. VIGNUDELLI, *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, II, *Saggi, repliche e interventi*, cit., spec. 571 ss. e 617 ss. Infine, U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di “teoria generale del diritto”*, Pacini Giuridica, Pisa 2019, 381 s. e, se si vuole, il mio *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 1/2019, 1 giugno 2019, spec. 41 ss., dove si fa notare che a difesa dei canoni che fanno richiamo alla lettera ed alla ratio può addursi la circostanza che di essi si fa largo utilizzo nelle aule in cui si amministra giustizia, sì da potersi dire sorretti da autentiche *consuetudini giudiziarie* che ne rendono quotidiane ed attendibili testimonianze, per quanto – come si viene dicendo – non poche volte l'uno entri in rotta di collisione con l'altro, sollecitando gli operatori a problematici e talvolta sofferti bilanciamenti].

<sup>9</sup> Ovvio il richiamo, quanto alla giurisprudenza, part. a [Corte cost. sent. n. 138 del 2010](#); in dottrina, ha di recente insistito sul riferimento all'*original intent* A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, 3 ss.

<sup>10</sup> Merita qui di essere, ancora una volta, richiamata la lezione metodica impartita dal fondatore della scienza del diritto pubblico nel nostro Paese, V.E. Orlando, ed ulteriormente ripresa con originali svolgimenti teorici dai suoi più autorevoli epigoni (a partire da S. Romano) secondo cui funzione tipica e qualificante del diritto in genere e del diritto costituzionale in ispecie è di portare ad emersione quanto v'è di più profondamente radicato e diffusamente avvertito in seno al corpo sociale (sulla svolta orlandiana, v., per tutti e di recente, V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari 2018).

<sup>11</sup> ... e, in ispecie, in *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in *Rendiconti degli anni 2007-2008* dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Bononia University Press, Bologna 2009, 215 ss., nonché in *Studi in onore di P. Grossi*, II, Giuffrè, Milano 2012, 1103 ss.

<sup>12</sup> È ovvio che anche gli atti di forma costituzionale possono essere modificati tanto da parte della stessa maggioranza che vi abbia dato vita quanto da un'altra. Resta, nondimeno, il fatto che sui loro contenuti dovrebbe – perlomeno, secondo modello – registrarsi una larga convergenza tra le forze politiche anche di opposti schieramenti e che, peraltro, l'eventualità di un loro frequente aggiornamento è fisiologicamente remota, secondo quanto è avvalorato dall'esperienza ad oggi invalsa.

quindi svolte dalle leggi comuni<sup>13</sup>, esse pure nondimeno sollecitate a dotarsi di una struttura essenziale<sup>14</sup>. Laddove, infatti, ciò non dovesse aversi, come non si è avuto in alcuni casi (ad es., in materia di regolazione delle esperienze d’inizio-vita, innaturalmente dettagliata ed infarcita di divieti irragionevoli), la disciplina si troverebbe costretta a soggiacere non poche volte a forzato rifacimento interpretativo ovvero a manipolazioni testuali da parte della Consulta volte a renderla flessibile e, perciò, facilmente adattabile alla incontenibile varietà dei casi.

Insomma, al primo *riconoscimento* (nella sua ristretta e propria accezione) di un nuovo diritto, operato con legge costituzionale, dovrebbe far seguito la disciplina con legge comune sì da aversene una congrua *tutela*, la quale poi si compie e perfeziona nelle sedi in cui si amministra giustizia a mezzo di una ulteriore attività che è essa pure, *in nuce*, normativa, in quanto volta a dare (non già mera *applicazione* bensì) *attuazione* alla disciplina suddetta, adattando i principi in essa contenuti a mezzo delle regole di volta in volta congrue rispetto alle peculiari esigenze dei casi<sup>15</sup>.

Tutto ciò *secondo modello*, o meglio così come esso ai miei occhi appare. Senonché l’idea dell’aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti con le procedure dell’art. 138 non ha – come si sa – fin qui avuto modo di affermarsi<sup>16</sup>, nel mentre la stessa legislazione ordinaria tarda a venire alla luce e, quando invece si ha, si mostra ora eccessivamente rigida (come si è veduto dall’esempio sopra fatto della legge n. 40 del 2004) ovvero complessivamente carente<sup>17</sup>. La qual cosa, poi, ha obbligato (ed obbliga) i giudici ad un faticoso e non di rado travagliato ruolo di “supplenza” – come si è soliti chiamarlo – che va comunque incontro a limiti suoi propri e, ad ogni buon conto, prende talora forme abnormi, tanto per mano dei giudici comuni (così, in particolare, come si vedrà a momenti, laddove si abbia da parte di questi ultimi un uso esasperato del canone della interpretazione conforme) quanto per mano dei giudici costituzionali, specie per effetto di

<sup>13</sup> ... non solo statali, se si conviene, alla luce dell’esperienza ad oggi maturata, che anche le leggi regionali possono dare il loro fattivo concorso alla salvaguardia dei diritti (ne ha, ancora non molto tempo addietro, reso eloquente testimonianza la corposa ricerca, curata da A. Morelli e L. Trucco, su *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014; più di recente, v., inoltre, con specifica attenzione al versante delle garanzie processuali, D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti. I parametri sostanziali nel giudizio in via principale*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 131 ss.).

<sup>14</sup> Si riconosce in questa indicazione teorica una crescente schiera di studiosi, tra i quali A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all’autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 90 ss.; R.G. CONTI, in molti scritti, tra i quali, di recente, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019.

<sup>15</sup> Di contro, a giudizio di un’accreditata dottrina i giudici farebbero sempre (e solo) *applicazione* delle norme di legge [v., part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss., e *Diritto giurisprudenziale, limiti dell’interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss. Sulla “creatività” dei giudici, pur nella varietà e densità dei concetti con cui si è soliti intenderla, v., tra gli altri, R. ROMBOLI, *L’attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l’entrata in vigore della Costituzione*, in AA.VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Giappichelli, Torino 2009, 25 ss.; inoltre, G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss.; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell’interpretazione costituzionale nell’ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss., e F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell’ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, in *Federalismi.it*, 15/2019, 31 luglio 2019].

<sup>16</sup> ... così come, invece, si è avuto a mezzo di atto dotato di rango costituzionale, la Carta di Nizza-Strasburgo, del cui rilievo in ambito interno si dirà a breve.

<sup>17</sup> Così, ad es., quanto alle esperienze di fine-vita, per come fatte ora oggetto di regolazione da parte della legge n. 219 del 2017, la cui modifica è stata sollecitata – come si sa – dalla stessa Consulta nella discussa [ord. n. 207 del 2018](#), nonché nella parimenti discussa decisione adottata a un anno di distanza da quest’ultima.

pronunzie additive e manipolative in genere non poche volte forzate ovvero di tecniche decisorie inusuali<sup>18</sup>.

Sta di fatto che, in conseguenza della “supplenza” in parola, viene a determinarsi un vistoso e grave squilibrio istituzionale, tanto lungo il versante dei rapporti tra legislatore e giudici quanto in quello dei rapporti tra giudice e giudice, con grave pregiudizio per gli stessi diritti fondamentali, se non altro per l’aspetto che viene a patirne quel canone della certezza del diritto che, sia pure nei limiti in cui possa essere in qualche modo appagato, dovrebbe tradursi nella prevedibilità dei verdetti emessi dai giudici sulla base del carattere astratto delle previsioni legislative<sup>19</sup> o, quanto meno, in un argine ad una incontrollata fioritura di decisioni giurisprudenziali conseguente alla previa determinazione con legge dell’alveo entro cui può quindi fluire la giurisprudenza, in ciascuna delle sue espressioni e in tutte assieme.

*3. L’interpretazione “conforme”, le aporie teoriche della costruzione corrente che ne rinviene il fondamento nel rapporto gerarchico intercorrente tra la fonte interpretata e quella assunta a parametro, la varietà dei tipi e sottotipi in cui la tecnica in parola si articola e svolge*

Nel quadro teorico-ricostruttivo qui sommariamente delineato un particolare rilievo – come si è sopra accennato e si deve ora precisare meglio – va assegnato all’interpretazione “conforme”.

Si tratta di una tecnica interpretativa fatta negli ultimi tempi oggetto di particolare attenzione da parte degli studiosi che non ne contestano l’utilizzo, dividendosi piuttosto circa i margini di manovra consentiti agli operatori chiamati a farvi ricorso, in ispecie fin dove possano spingersi a mezzo dello strumento in parola e dove invece debbano arrendersi davanti all’acclarata impossibilità di riconciliare leggi e fonti idonee a porsi a parametro della loro validità, rimettendo pertanto gli atti di causa alla Consulta<sup>20</sup>.

Non è, invero, messo in discussione<sup>21</sup> il fondamento della tecnica in parola che ha quale sua causa efficiente la subordinazione gerarchica dell’una all’altra fonte: il terreno, insomma, sul quale maturano le esperienze d’interpretazione conforme è quello (e solo quello) spianato dalla teoria delle fonti, apparendo naturale che, prima ancora di pervenire all’esito – fin dove possibile da scongiurare – dell’annullamento, debba prodursi ogni sforzo possibile nell’intento di dare la prova della conformità (o, quanto meno, della compatibilità) delle fonti in campo<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> ... quale quella di cui alla [ord. n. 207 del 2018](#), sopra richiamata.

<sup>19</sup> Sulla prevedibilità dei contenuti dei diritti opportunamente insiste ora anche F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in [Federalismi.it](#), 18/2019, 2 ottobre 2019.

<sup>20</sup> Nella ormai imponente letteratura sul tema (e facendo richiamo solo agli scritti più di recente apparsi), v., almeno, AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017; G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 99 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017, 37 ss.; C. CARUSO, *Il “posto” della interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1985 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in [Questione Giustizia](#), 22 ottobre 2018, e, dello stesso, ora, *L’interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019, nella [Rivista del Gruppo di Pisa](#) ed ivi anche l’intervento di A.I. ARENA, *Interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità. Una ricostruzione (Appunti minimi)*, entrambi in vers. provv. Infine, in prospettiva comparatistica, G. PARODI, *L’interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. maggio 2019, 555 ss.

<sup>21</sup> Un divergente punto di vista rispetto a quello comunemente accolto è tuttavia espresso nel mio *Alla ricerca del fondamento dell’interpretazione conforme*, in AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D’Amico e B. Randazzo, Giappichelli, Torino 2009, 388 ss.

<sup>22</sup> La diversa dizione adoperata ha una sua giustificazione di ordine teorico nel fatto che la prima evenienza rimanda ad uno scenario che vede la fonte-parametro abilitata a produrre vincoli positivi a carico della legge, sollecitata pertanto a dare specificazione-attuazione alle indicazioni della prima, mentre per la seconda evenienza la legge è meramente obbligata a non disporre in contrasto con le previsioni della fonte suddetta, dalla quale dunque discendono vincoli meramente negativi. Ciò che nondimeno importa è che la legge si mostri pur sempre rispettosa del parametro. Facendo

Ora, la tesi dell'orientamento verticale della interpretazione fa a pugno con il carattere circolare della stessa, già da tempo rilevato da una avvertita dottrina<sup>23</sup>, un carattere di cui si ha diffuso riscontro specie con riguardo agli enunciati che esibiscono una struttura fatta a maglie larghe (o larghissime), quali sono quelli che danno voce ai principi ed ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalle altre Carte materialmente costituzionali. La vaghezza degli enunciati in parola porta naturalmente all'effetto non soltanto di promuovere la circolarità della interpretazione ma, più ancora e non di rado, di assegnare alla fonte positivamente subordinata un ruolo di centrale rilievo, culturalmente trainante. Al piano culturale, infatti, la gerarchia *secondo forma* può, talvolta, finire con il capovolgersi su se stessa, commutandosi *nella sostanza* in una sistemazione che gioca a beneficio della fonte astrattamente inferiore, per quanto sia pur sempre da tenere ferma l'idea del mutuo condizionamento degli atti in campo, in considerazione del fatto, sopra accennato, che la lettera degli enunciati delimita comunque l'area entro cui si svolge il processo interpretativo e, con esso, la ricerca dei significati propri di ciascuno di essi. Il percorso è, dunque, sempre ambiverso ma i flussi di suggestioni culturali che vanno e vengono possono presentarsi (ed effettivamente sono) di varia intensità, combinandosi variamente in ragione dei casi.

Il quadro risulta, poi, viepiù complicato per il fatto che gli attori sulla scena non sono solo due, dal momento che, facendo utilizzo dello schema elaborato sul terreno della teoria delle fonti ed a stare all'indicazione di cui all'art. 117, comma 1, Cost., l'interpretazione è sollecitata ad orientarsi tanto verso la Costituzione quanto verso il diritto internazionale e "comunitario"<sup>24</sup>; e si tratta quindi di stabilire in quale ordine temporale e giuridico i "tipi" d'interpretazione in parola si dispongono. Si aggiunga – e il dato è di non secondario rilievo – che ciascuno di essi, a sua volta, si articola e svolge in specie diverse, con conseguente, ulteriore complicazione del quadro.

Così l'interpretazione conforme a diritto internazionale assume connotati diversi a seconda del rango assegnato alle norme verso le quali di volta in volta si orienta, a seconda cioè che abbiano carattere consuetudinario ovvero pattizio e, all'interno di quest'ultimo *genus*, a seconda che si tratti di norme prodotte da "comuni" trattati internazionali ovvero da Carte dei diritti (tra le quali, alla luce degli sviluppi giurisprudenziali fin qui avutisi, principalmente la CEDU). Non si trascuri, peraltro, la circostanza per cui la stessa giurisprudenza ha in più occasioni avvertito che una norma avente una data natura (ad es., pattizia) potrebbe rivelarsi sostanzialmente coincidente con norma di altra natura (consuetudinaria), dalla prima dunque *quodammodo* "razionalizzata", con la

---

ora specifico riferimento alla relazione Costituzione-legge, si ha modo di constatare che di entrambe le evenienze in parola può aversi riscontro, non già solo dell'una ovvero dell'altra, come con una certa semplificazione teorica si ritiene da parte di questa o quella dottrina. Nei fatti, peraltro, al termine "conforme", che qualifica l'interpretazione in discorso, si assegna larga valenza, comprendendovi anche il caso, non infrequente, della mera compatibilità.

<sup>23</sup> Si rammenti la *durchgehende Korrelation* finemente elaborata da A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Deuticke, Leipzig-Wien, 1929.

<sup>24</sup> Con specifico riguardo alla interpretazione conforme alla CEDU, v., almeno, P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2018; L. CASSETTI, *La "manipolazione" dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la "giustizia del caso singolo"*, in AA.VV., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, a cura di R. Romboli e A. Ruggeri, Giappichelli - Tirant Lo Blanch, Torino - Valencia 2019, 83 ss., spec. 99 ss.; R. ROMBOLI, [La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano](#), in questa [Rivista, Studi](#), 2018/III, 624 ss.; C. CARUSO, *Il "posto" della interpretazione conforme alla Cedu*, cit.; infine, lo studio monografico di V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Frosinone 2019, spec. al cap. IV, e, dello stesso, ora, *L' "interpretazione conforme" tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 14 maggio 2019.

Quanto, poi, all'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, tra gli altri, v. G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015; V. PICCONE, in più scritti, tra i quali, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in [Diritti Comparati](#), 16 marzo 2018, 298 ss.

conseguenza che la forza normativa, ovverosia il grado dalla norma stessa posseduto, è da imputare alla *sostanza*, non già alla *forma* della fonte in campo. Nell'esempio appena fatto, perciò, alla norma pattizia in parola dovrà riconoscersi rango costituzionale e, forse, persino uno ancora maggiore (intermedio tra i principi fondamentali e le "comuni" norme costituzionali), ove si convenga che la "copertura" di cui essa gode da parte di un principio fondamentale dell'ordinamento la può mettere al riparo persino da innovazioni con leggi di forma costituzionale<sup>25</sup>.

Lo schema che spinge a guardare alla sostanza delle norme possiede generale valenza: vale, perciò, anche in relazione alle esperienze d'interpretazione conforme che riguardano il diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, in relazione al quale uno speciale rilievo è, in primo luogo, da assegnare al fatto che la norma sovranazionale verso la quale si orienti l'interpretazione dell'atto legislativo interno risulti dalla Carta dei diritti dell'Unione (e, dopo la 20 del 2019, anche da altra fonte alla Carta stessa funzionalmente connessa<sup>26</sup>) ovvero da fonte non concernente i diritti.

In realtà, *dal punto di vista interno*, nessun rilievo è in via generale da assegnare alla collocazione della norma sovranazionale in questo o quel grado del sistema di appartenenza, per il fatto che, una volta immesse in ambito interno, *tutte* le norme provenienti dall'Unione godono in tesi della "copertura" dell'art. 11. E, tuttavia, il modo con cui esse stanno l'una davanti all'altra non è indifferente, specie se si considera che le autorità statali (e, segnatamente, i giudici) dispongono di strumenti idonei alla eventuale contestazione della validità di alcune norme (avvalendosi dell'arma del rinvio pregiudiziale), oltre che idonei a sollecitare una loro interpretazione da parte della Corte di giustizia orientata verso le norme sovranazionali alle prime sovraordinate (a partire, ovviamente, da quelle dei Trattati).

Qui, ad ogni buon conto, ha specifico rilievo la *summa divisio* delle norme sovranazionali a seconda che siano adottate a presidio dei diritti ovvero che restino ad essi estranee. E ciò, per la evidente ragione che, nell'un caso e diversamente dal secondo, esse possono vantare in ambito interno la ulteriore ed ancora più efficace protezione di cui agli artt. 2 e 3 della Carta costituzionale, nel loro fare "sistema" con i principi fondamentali restanti. Non si perda di vista infatti, neppure per un momento, che le norme sulla normazione, persino laddove espressive di principi fondamentali, quali quelle di cui agli artt. 10 ed 11, sono state pensate in funzione servente delle norme di valore in grado eminente, quelle che danno appunto voce ai valori transepocali di libertà ed eguaglianza, componenti – piace a me dire – la *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento. E non occorre di certo spendere qui alcuna parola a sostegno di ciò che è sotto gli occhi di tutti, vale a dire che il bisogno di pace e giustizia tra le nazioni è stato avvertito, da noi come altrove, dopo la tragedia della seconda grande guerra, affinché mai più avessero a ripetersi i crimini contro le persone e l'intera umanità perpetrati durante quella lunga e particolarmente sofferta stagione.

La centralità della persona umana non si discute; ed è alla luce (ed in funzione) di essa che l'*ordine delle fonti*, anche al piano delle relazioni interordinamentali, è naturalmente e vigorosamente sollecitato a convertirsi in un *ordine delle norme* che si fa ed incessantemente rinnova a seconda dei casi, ricomponendosi ogni volta sì da apprestare nel suo insieme l'ottimale appagamento ai bisogni maggiormente avvertiti dalla persona umana, ai suoi diritti appunto.

---

<sup>25</sup> Dico "forse" e "può" perché, in realtà, come si vedrà meglio a momenti, anche la fonte interna sopravveniente, costituzionale od ordinaria che sia, potrebbe a sua volta risultare provvista di "copertura" in principi fondamentali, il conflitto in tal caso spostandosi di piano e dovendosi pertanto risolvere con la tecnica usuale del bilanciamento tra i principi, governato nelle sue concrete movenze da quell'autentico "metaprincipio", del quale si dirà meglio più avanti, che è dato dalla ricerca della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti nel loro fare "sistema".

<sup>26</sup> Problemi teorico-pratici non da poco pone poi il riscontro della "connessione" in parola, a riguardo del modo con cui farvi luogo tuttavia la giurisprudenza non ci ha ancora dato, sul terreno su cui maturano le relazioni tra diritto eurounitario e diritto interno, puntuali indicazioni. Se ne fa, invece, parola in altri ambiti materiali di esperienza, come in merito alla insindacabilità dei parlamentari, dei quali però nulla può ora dirsi, se non rilevare le strutturali differenze che si hanno rispetto alla fattispecie qui di specifico interesse, sì da rendere non trapiantabili al campo nostro le conclusioni altrove raggiunte.

4. *La ricerca della “conformità” in seno alla stessa Carta costituzionale e il ruolo di cruciale rilievo al riguardo giocato dal contesto e da consuetudini culturali invalse nel corpo sociale e recepite dagli organi di apparato*

È questa, dunque, la chiave di lettura da utilizzare anche (e in primo luogo) per l'interpretazione conforme a Costituzione, nonché – come si passa ora a dire – per la stessa interpretazione costituzionale.

Qui, nuovamente, occorre far luogo a tutta una serie di precisazioni, il cui svolgimento per vero richiederebbe uno spazio di cui ora non si dispone. Mi limito, dunque, solo a qualche sommaria indicazione, con riserva di approfondimenti in altri luoghi.

Ancora una volta, occorre, innanzi tutto, distinguere il caso che l'interpretazione si orienti verso norme espressive di principi fondamentali rispetto a quello che invece si abbia verso norme che in modo specifico non diano voce ai principi. La stessa interpretazione costituzionale, laddove riferita ad enunciati che si assumano in tesi inespressivi di principi, richiede di essere orientata verso questi ultimi (e, dunque, gli enunciati che li stabiliscono), giusta la tesi corrente che rinviene nei principi l'essenza stessa della Costituzione, ciò che ne dà l'identità e ne assicura l'integra trasmissione nel tempo, sì da porsi – secondo comune opinione – a limite all'innovazione costituzionale, la quale fatalmente si porrebbe quale fattore di discontinuità costituzionale (specificamente apprezzabile in prospettiva assiologicamente orientata)<sup>27</sup>.

Questa tesi – come si vede – rimanda al previo riconoscimento dei principi fondamentali, in vista del quale cruciale rilievo è da assegnare al fatto storico-politico da cui ha avuto origine la fondazione del nuovo ordinamento. La ricognizione dei principi e la loro messa a punto semantica naturalmente evoca in campo fattori extratestuali e, anzi, fattori extragiuridici, in breve: il puro fatto costituente da cui origina il diritto costituzionale. La qual cosa, poi, tornando ad un punto poc'anzi toccato, conferma il centrale rilievo dell'*original intent* nel suo riferirsi all'intera Costituzione (e, segnatamente, appunto al fascio dei valori fondamentali che ne ha determinato la nascita e che la sorregge ed accompagna nel suo farsi esperienza), ancora prima che ai suoi singoli enunciati.

Ebbene, se la prima delle interpretazioni conformi di specifico rilievo costituzionale ha da prendere forma già in seno alla Carta, prima ancora che al piano dei rapporti tra quest'ultima ed altre fonti, se ne ha la conferma del carattere largamente artificioso della tesi, sopra già richiamata, che tiene distinta l'una dall'altra parte della Costituzione e tutte assieme dai principi di base dell'ordinamento. In realtà, questi ultimi entrano a comporre ogni specie d'interpretazione ed ogni interpretazione in concreto data: hanno teorico e pratico senso solo se (e in quanto) s'immettano, per il tramite del fatto interpretativo, nella struttura di ogni enunciato costituzionale, di qui quindi diffondendosi a cascata agli atti sottostanti, a partire ovviamente da quelli posti in essere al fine di darvi la prima, diretta e necessaria specificazione-attuazione, pervadendo dunque l'intero ordinamento<sup>28</sup>.

In siffatti processi interpretativi il contesto in cui essi s'inscrivono e svolgono gioca un ruolo di prima grandezza, maggiore in relazione ad alcuni enunciati e minore per altri, e tuttavia pur sempre

---

<sup>27</sup> A giudizio di un'autorevole dottrina (G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206), le sole revisioni della Costituzione non consentite sarebbero quelle a finalità di restaurazione; dal mio canto, ho già in altri luoghi affacciato l'idea che le revisioni in genere – investano, o no, in modo diretto gli enunciati espressivi di principi – devono trovare giustificazione in una duplice condizione: che si dimostrino ormai inadeguate le vecchie disposizioni, in ispecie per il servizio che sono in grado di offrire ai valori fondamentali dell'ordinamento, e che le nuove disposizioni promettano di accrescere il servizio stesso, alla luce del mutato contesto. In questa luce – come si diceva poc'anzi – le stesse formule relative ai principi non si sottraggono alla loro eventuale riscrittura (maggiori ragguagli nei miei *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss., e *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, cit.).

<sup>28</sup> Non può, d'altronde, che essere così, nessun angolo – per remoto che sia – potendo restare privo della luce dei principi, altrimenti ne risulterebbe negata appunto la “fondamentalità”. È poi pur vero che la luce stessa può essere, dove più e dove meno, intensa ed abbagliante, non eguale per ogni atto (e norma) essendo la misura dell'attitudine a dar voce ai principi e concorrere pertanto al loro invero nell'esperienza.

appunto di centrale rilievo. L'interpretazione è, infatti, come si sa, chiamata a tenere conto delle esigenze dell'applicazione e, più largamente, delle esigenze del contesto in cui perviene a maturazione. Richiede, insomma, di essere costantemente rilegittimata sia *dal basso* (o, meglio, dalle condizioni oggettive a contorno) e sia (e soprattutto) *dall'alto*, dai valori fondamentali positivizzati<sup>29</sup>.

D'altro canto, è l'idea stessa di Costituzione, quale abbiamo ereditato dai rivoluzionari francesi e troviamo mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, a spingere vigorosamente per la reinterpretazione degli enunciati di organizzazione in funzione dell'affermazione dei diritti e degli stessi enunciati aventi natura sostantiva in funzione servente nei riguardi dei principi fondamentali nel loro fare "sistema".

Nessuno dubita che dei due elementi costitutivi della struttura della Costituzione descritti nel disposto suddetto quello che si richiama alla tipizzazione dei ruoli istituzionali sia stato pensato in vista dell'ottimale appagamento dei diritti.

A mio modo di vedere, le disposizioni che danno il volto della forma di governo (e le disposizioni di organizzazione in genere) possono prendere luce ed esprimere i significati che sono in esse racchiusi unicamente alla condizione che le si intenda in modo coerente sia con le esigenze di contesto che (e soprattutto) con i valori fondamentali, a partire proprio da quello di esordio del libro costituzionale<sup>30</sup>. E, invero, quest'ultimo, appuntando la sovranità in capo al popolo, fissa non soltanto il carattere democratico della Repubblica ma anticipa anche quei riferimenti ai valori di libertà ed eguaglianza che – come si è rammentato – danno senso all'idea di persona e ristoro a quest'ultima. In realtà, si ha qui conferma che ogni enunciato espressivo di principi fondamentali è sostanzialmente inautonomo rispetto agli altri della sua stessa natura, ciascuno di essi entrando a comporre la struttura degli altri e tutti assieme dando vita ad un fascio internamente inscindibile ed assiologicamente significante appunto nella sua unitarietà ed armonia<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Non soltanto l'interpretazione ma gli stessi giudizi di validità ad essa conseguenti sono simultaneamente attratti dal polo del contesto e da quello dei valori, alle volte dal primo in maggiore misura rispetto al secondo.

Si pensi, ad es., al rilievo assegnato dai giudici (specie costituzionali) alle emergenze in genere, che hanno non di rado portato all'adozione di verdetti particolarmente sofferti e, a prima vista, persino mostruosi. Rammento al riguardo qui solo la famosa [sent. n. 15 del 1982](#), con cui la Consulta ha mandato assolta una disciplina legislativa che prolungava in misura francamente intollerabile i termini massimi di carcerazione preventiva allo scopo di evitare che fossero rimessi in libertà detenuti in attesa di giudizio e sospettati di appartenere alle Brigate Rosse, con grave pregiudizio della loro libertà personale e della stessa dignità. O si pensi ancora, per restare ad un fatto assai recente ed esso pure animatamente discusso, alla [ord. n. 17 del 2019](#), con la quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzioni presentato da esponenti della opposizione avverso la legge di bilancio varata nel dicembre scorso a seguito di una travagliata trattativa con la Commissione europea. Una pronuncia che, di tutta evidenza, si è mostrata avvertita dei rischi che un diverso verdetto avrebbe comportato per la tenuta dei conti pubblici e la fiducia dei *partners* europei e dei mercati internazionali nei riguardi del nostro Paese.

Ebbene, nei casi sopra richiamati (e in altri ancora), parrebbe essersi fatta una discussa (e discutibile) applicazione dell'antico detto secondo cui *salus rei publicae suprema lex esto*.

<sup>30</sup> V., ad es., la lettura altrove affacciata del disposto relativo alla relazione fiduciaria che, alla luce degli sviluppi avutisi nel contesto (e, in specie, in considerazione dei vincoli discendenti dall'Unione europea e dalla Comunità internazionale), è ormai da considerare – piaccia o no – nella Costituzione materiale come riferito anche ai *partners* europei ed ai mercati internazionali, della cui fiducia, unitamente a quella delle Camere, il Governo è appunto tenuto a godere (v., ancora da ultimo, il mio [La crisi del I Governo Conte e la rivincita della democrazia rappresentativa sulla pseudo-democrazia diretta delle piazze e del web](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/III](#), 385 ss., spec. 393 ss., ed *ivi* altri riferimenti; con specifico riguardo a questa vicenda ma con notazioni anche di più ampio respiro, v., inoltre, AA.VV., *Stato e stati di crisi*, a cura di R. Scorza con E. Cuccodoro, Editoriale Scientifica, Napoli 2019). Ancora una conferma – come si vede – della impossibilità di delineare i contorni della "forma di governo" nel chiuso dell'ordinamento interno, in applicazione della "logica" ingenua e deformante dell'autosufficienza del figurino risultante dalle lettera della Carta.

<sup>31</sup> Ho fatto in altri luoghi l'esempio, che ora riprendo per mera comodità, del disposto di cui all'art. 5 Cost., specificamente nel suo riferirsi al valore di unità-indivisibilità della Repubblica, che può essere colto nella sua essenza e fatto – come si deve – valere unicamente alla luce di quanto è stabilito negli artt. 2 e 3 della Carta, in ordine al godimento dei diritti fondamentali ed all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, come pure alla luce del principio di eguaglianza (sia formale che sostanziale).

La Repubblica, insomma, è (e resta) "una ed indivisibile" non soltanto grazie al mantenimento della integrità territoriale ma anche alla condizione che nessuna discriminazione si abbia in relazione a quanto disposto negli enunciati



Il riferimento ai principi, poi, non può fare a meno del richiamo a *consuetudini culturali* invalse nel corpo sociale e recepite dagli organi di apparato, dalle quali si coglie e conferma il radicamento profondo e la diffusione per l'intero corpo sociale dei valori fondamentali cui i principi stessi danno voce, ponendosi quale la loro prima e più genuina espressione giuridica. I principi infatti vigono perché (e in quanto) *sono*, puramente e semplicemente, rinvenendo in se stessi (o, meglio, come si diceva, nel fatto costituente da cui hanno avuto origine) la ragion d'essere della loro esistenza, pur abbisognando al fine di farsi in concreto valere degli opportuni svolgimenti, in primo luogo – come si è veduto – in seno alla stessa Carta costituzionale e, quindi, ad opera di atti (a partire, ovviamente, dalle leggi) posti in essere al fine di darvi la prima e diretta specificazione-attuazione. Insomma, validità ed effettività, al massimo grado di positività giuridica, non possono che essere una sola, inscindibile cosa.

##### 5. *L'interpretazione dei principi fondamentali, l'identità costituzionale, la mutua integrazione della Costituzione e delle altre Carte dei diritti*

È poi noto che valori e principi non si situano in una dimensione storica ed aspatiale bensì si contestualizzano. I primi attraversano le epoche storiche ed esprimono una formidabile vocazione a colonizzare territori diversi da quelli di origine, rinnovandosi e caricandosi di nuove accezioni e valenze in ragione dei contesti.

Si pensi, ad es., alle idee (o, diciamo meglio, agli ideali) di democrazia, libertà, eguaglianza, giustizia e, riassumendo, dignità della persona umana, al servizio della quale i valori sopra indicati (ed altri ancora) si dispongono, da quella traendo senso ed orientamento nel loro incessante sviluppo e radicamento nell'esperienza<sup>32</sup>. Valori e principi che, in una stessa stagione storica, si inverano in plurimi contesti ed ordinamenti, ciascuno dei quali dotato di connotati suoi propri, di una propria "identità" insomma, e però allo stesso tempo accomunati dall'appartenenza ad una stessa "famiglia", qual è quella – per ciò che più direttamente ci tocca –, internamente assai articolata e varia, delle liberal-democrazie.

L'interpretazione degli enunciati che danno voce ai valori suddetti si giova, senza alcun dubbio, delle suggestioni ed indicazioni che vengono *ab extra*, da esperienze maturate presso altri ordinamenti in larga misura affini alle esperienze affermatesi nell'ordinamento presso il quale l'interpretazione si svolge.

Di qui, il rilievo della comparazione, un rilievo crescente specie nella presente congiuntura segnata da una integrazione sovranazionale avanzata e da vincoli di varia intensità discendenti dalla Comunità internazionale, sulle cui implicazioni teorico-pratiche non è mai inopportuno insistere<sup>33</sup>. E, tuttavia, l'interpretazione stessa poi comunque si tipizza, connotandosi in modo complessivamente peculiare, nel singolo ordinamento di riferimento, per il fatto che gli enunciati che si richiamano al medesimo valore non sono fatti in serie, nel passaggio da un ordinamento all'altro, come pure comunque diverso è il contesto in cui essi s'inscrivono e sono portati ad effetto.

La democrazia, per fare solo il primo esempio che viene in mente, quale si ha da noi alla luce di quanto è costituzionalmente stabilito e del quadro politico-istituzionale di riferimento, non è la

sopra richiamati. E così via per ogni altro caso in cui un principio fondamentale s'immetta nella struttura degli altri e di tutti assieme, nel loro fare "sistema", riconformandola per le peculiari esigenze dei casi.

<sup>32</sup> Della dignità come valore "supercostituzionale" si è iniziato a discorrere dopo A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss. Efficacissima, poi, l'immagine di G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, al [sito telematico](#) dell'Associazione dei Costituzionalisti, 14 marzo 2008, della dignità come "bilancia" su cui si dispongono i diritti e, in genere, gli interessi costituzionalmente protetti al fine della loro mutua ponderazione.

<sup>33</sup> È per il suo tramite, d'altronde, che può cogliersi ed apprezzarsi fino in fondo quella "migrazione" di idee costituzionali da un ordinamento all'altro che è stata, ancora di recente, messa in rilievo con fini argomentati da O. POLLICINO, *Corti costituzionali e migrazione di "idee costituzionali" da occidente a oriente. La bussola e una metafora*, in questa [Rivista](#), [Studi](#), 2019/III, 439 ss.

stessa, per quantità e soprattutto qualità, della democrazia che si ha anche in Paesi con i quali abbiamo affinità innegabili, quale la Francia o la Gran Bretagna. E così via, per gli altri valori.

Che, peraltro, nella struttura di ciascuno di essi vi sia tanto un nucleo duro in comune quanto una parte restante comunque diversa è testimoniato *per tabulas* dall'art. 2, nel suo fare sistema con l'art. 4.2, TUE. Il primo evoca appunto i valori comuni agli Stati membri, il cui effettivo riscontro è condizione per l'ingresso prima e la permanenza poi in seno all'Unione; il secondo enuncia in modo solenne l'impegno di quest'ultima a prestare rispetto ai principi di struttura di ciascuno Stato membro, che poi, in buona sostanza, altro non sono che quei valori stessi per il modo con cui si affermano e fanno valere presso ciascuno Stato<sup>34</sup>.

È importante fermare l'attenzione su un punto, cui è a mia opinione da assegnare centrale rilievo. Ed è che l'identità costituzionale non risulta unicamente da ciò che è tipico di ciascuno Stato, diverso perciò da uno Stato all'altro. L'identità, rivista in prospettiva assiologicamente orientata – la sola in grado di farne cogliere l'essenza –, risulta dal nucleo duro e dalla parte restante: dunque, da elementi comuni e da elementi non comuni<sup>35</sup>.

Di qui, l'impossibilità di separare con un taglio d'accetta l'interpretazione degli enunciati della Costituzione di uno Stato-membro dell'Unione da quella degli enunciati di altra Costituzione, come pure dagli enunciati del Trattato o – per ciò che qui più da presso importa – della Carta di Nizza-Strasburgo. E ciò, per la elementare ragione che l'identità dell'Unione condivide con l'identità di ciascuno Stato membro (e quella di ciascuno di essi con quella degli altri) proprio la parte maggiormente espressiva e – mi scuso per il bisticcio di parole – *identificante*, il “nucleo duro”.

Se ne ha una duplice conferma: *a*) che della identità di ciascun ordinamento è parte integrante l'identità degli altri, tutti legati dalla comune appartenenza ad una istituzione sovranazionale *in progress*, nessuna di esse potendo dunque essere tenuta rigidamente distinta o, peggio, contrapposta alle altre, e *b*) che connotato dell'interpretazione costituzionale, nel suo riferirsi appunto ai principi, è il suo essere di necessità *comparativa*, ogni interpretazione dovendo comunque alimentarsi dalle

---

<sup>34</sup> Sui non pochi problemi interpretativi sollevati dal disposto in parola, v., tra i molti altri e di recente, G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e, dello stesso, ora, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 333 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss., e, dello stesso, ora, *L'idea di “concorrenza” fra Corti nel diritto costituzionale europeo, paper in vers. provv. illustrato all'incontro di studi su Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, Torino 17-18 ottobre 2019; L.S. ROSSI, *2, 4, 6 TUE... l'interpretazione dell'“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 20/2018, 24 ottobre 2018, spec. §§ 5 e 6; F.-X. MILLET, *Plaidier l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 831 ss.; v., inoltre, i contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna - C. Fasone - G. Piccirilli, in *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018, 205 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, ESI, Napoli 2018, spec. 82 ss. e 163 ss.; C. PANZERA, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della “doppia fedeltà”. L'esperienza italiana*, Relaz. al Convegno del “Gruppo di Torino” su *La Constitución como pacto*, Valencia, 23 marzo 2019, in *Rev. gen. der. cost.*, 29/2019; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2019, 338 ss., e, della stessa, *Unità nella diversità o diversità nella unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 2/2019, 9 giugno 2019.

<sup>35</sup> Il carattere parzialmente comune, di cui si viene ora dicendo, lascia perciò intendere che tra l'identità di ciascuno Stato e le tradizioni costituzionali comuni si abbia, appunto, parziale sovrapposizione. Questa circostanza può, dunque, giustificare sul piano teorico-astratto lo slittamento registratosi nel passaggio dalla [ord. n. 24 del 2017](#) alla [sent. n. 115 del 2018](#) su [Taricco](#), essendosi fatto utilizzo – come si sa – dapprima dello schema delle “tradizioni” e poi di quello della “identità”. Ciò non toglie che, ad opinione mia e di molti altri, si sia trattato di una mossa inopportuna e gravida di negative valenze. Basti solo pensare al fatto che la categoria teorica delle “tradizioni” evoca e proietta in primo piano l'idea della pur parziale *integrazione* degli ordinamenti, mentre la categoria dell'identità, laddove intesa come riferita a tratti peculiari del singolo ordinamento, rimanda allo schema della *separazione*.

restanti, per la elementare ragione che – come si dirà meglio a momenti – la Costituzione e le altre Carte dei diritti “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”. Di conseguenza, nessuna Corte può fare a meno, in sede di ricognizione ed interpretazione dei principi fondamentali dell’ordinamento cui appartiene, di tenere in debito conto il modo con cui le Corti restanti intendono e fanno valere i principi fondamentali dei rispettivi ordinamenti. Lo impone il principio della mutua apertura degli ordinamenti, per il cui tramite si svolgono quei flussi di materiali e di suggestioni culturali nell’uno e nell’altro verso, di cui poc’anzi si diceva, all’insegna del “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti (e, in genere, dei beni) costituzionalmente protetti<sup>36</sup>.

6. *L’immagine piramidale delle Carte dei diritti consegnataci dalla giurisprudenza costituzionale e le oscillazioni di quest’ultima tra schemi ricostruttivi d’ispirazione formale-astratta e schemi d’ispirazione assiologico-sostanziale*

Di questo bisogno mostra di essere avvertita la stessa giurisprudenza costituzionale, pur all’interno di un quadro teorico-ricostruttivo gravato da serie ipoteche ed afflitto da non lievi oscillazioni. Non è un caso, d’altronde, che specie di recente si sia finalmente presa consapevolezza del fatto che alle Carte dei diritti (e, specificamente, alla Carta di Nizza-Strasburgo) debba riconoscersi la natura di documento “tipicamente costituzionale”<sup>37</sup>, per ciò stesso distinguendosi dai comuni trattati internazionali, malgrado l’indistinta “copertura” offerta dall’art. 117, comma 1, Cost. ad ogni fonte pattizia (e non<sup>38</sup>) della Comunità internazionale e ad ogni norma “comunitaria”<sup>39</sup>.

Insomma, i documenti normativi specificamente riguardanti i diritti meritano un trattamento peculiare, al piano sostanziale in primo luogo e – a dire della Consulta – anche a quello processuale, venendo attratte alla cognizione della Consulta stessa le antinomie tra norme interne e norme

---

<sup>36</sup> Attorno al canone fondamentale in parola è fiorita una messe di studi di vario orientamento, alcuni mostrandosi apertamente scettici circa la sua operatività e, prima ancora, la sua stessa esistenza (così, part., R. BIN, in più scritti, tra i quali *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*, e *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché nell’intervista sul tema *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna*, a cura di R. G. Conti, in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019; inoltre, M. NISTICÒ, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 272 ss. e, ora, I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d’ingaggio*, relaz. al Seminario su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019, nella *Rivista del Gruppo di Pisa*, paper in vers. provv.), altri, di contro, proprio su di esso puntando al fine della ottimale ricomposizione delle norme in sistema [una difesa dello stesso può vedersi nell’intervista da me resa a R.G. Conti, in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019, nonché nei miei *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, cit., spec. al § 4, e *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2/2019, 15 luglio 2019, spec. 45 ss., ed *ivi* altri riferimenti. V., inoltre, ora, le precisazioni che sono in A. MORELLI, *Il principio personalista nell’era dei populismi*, in questa *Rivista, Studi*, 2019/II, spec. 364 ss.].

<sup>37</sup> Il riferimento è, ovviamente, a *Corte cost. n. 269 del 2017*, nella quale per vero siffatto riconoscimento è circoscritto alla sola Carta dell’Unione; non si vede, tuttavia, come ciò possa non valere altresì per altri documenti normativi in cui si abbia appunto il riconoscimento dei diritti.

<sup>38</sup> Quanto alle norme generalmente riconosciute, la garanzia della loro osservanza discende già, com’è noto, in modo diretto, dall’art. 10, come pure si ha per i trattati internazionali, di cui pure si fa *ivi* parola, relativi alla condizione giuridica dello straniero o per altre fonti pattizie, quali quelle di cui agli artt. 7 (e, per una tesi finemente argomentata che assegna rilievo internazionale alle intese con le confessioni diverse dalla cattolica, allo stesso art. 8). Con riguardo a tutte tali norme, dunque, il primo comma dell’art. 117 nulla di nuovo aggiunge ed anzi il carattere generale ed omnicomprensivo della sua formulazione rischia d’ingenerare confusione, alimentando l’ipotesi teorica che, dopo il 2001, si possa (e, anzi, si debba) pervenire ad una (inammissibile) parificazione di trattamento *sotto ogni aspetto* tra tutte le fonti aventi origine esterna.

<sup>39</sup> In realtà, come si è già accennato, le Carte in parola godono dell’ancora più diretta “copertura” di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione, nei cui riguardi – come pure si è veduto – gli stessi artt. 10 e 11 si pongono in funzione servente.

sovranazionali che danno il *riconoscimento* ovvero la *tutela* dei diritti stessi<sup>40</sup>, pur laddove possiedano carattere *self-executing*, sì da potersene (e, a mia opinione, doversene) avere la salvaguardia a mezzo della tecnica della immediata applicazione in vece di quella dell'annullamento<sup>41</sup>.

Perdurano, nondimeno, nella giurisprudenza tracce numerose e marcate di un orientamento d'ispirazione formale-astratta, che naturalmente e vigorosamente spinge per l'utilizzo di categorie teoriche conducenti ad una sistemazione di stampo gerarchico, pur laddove si abbia riguardo a documenti dei quali risulti acclarata la natura "tipicamente costituzionale".

La Costituzione, infatti, per l'idea che la Consulta se n'è fatta, si dispone pur sempre in sovrana solitudine al vertice di una costruzione piramidale: alla osservanza dei suoi principi fondamentali (i c.d. "controlimiti") è, infatti, considerata soggetta la stessa Carta di Nizza-Strasburgo, al pari del diritto sovranazionale in genere, mentre la CEDU (ed è da pensare ogni altra Carta diversa da quella dell'Unione), in quanto fonte "subcostituzionale", sarebbe obbligata a prestare ossequio ad ogni norma costituzionale.

Senonché spostando l'analisi dal piano della teoria delle fonti, nei termini sopra indicati, a quello della teoria della interpretazione, se ne ha che l'immagine verticale suddetta è contraddetta, per un verso, dalle stesse Carte (la Carta dell'Unione – come si sa – dichiara, infatti, di voler essere intesa alla luce di ciò che stabilisce la CEDU, salvo il caso di poter offrire ai diritti una protezione maggiormente adeguata di quella data da questa<sup>42</sup>) e, per un altro verso, dalla stessa giurisprudenza

<sup>40</sup> Riprendo qui la distinzione concettuale sopra indicata, che peraltro testimonia il graduale avanzamento della giurisprudenza e, con esso, l'estensione del sindacato accentrato dapprima ([sent. n. 269 del 2017](#)) rivendicato per le antinomie specificamente ed esclusivamente coinvolgenti la Carta dei diritti dell'Unione e quindi ([sent. n. 20 del 2019](#)) fatto valere altresì per i casi in cui la normativa interna entri in conflitto con norma sovranazionale di diritto derivato, "connessa" a norma della Carta stessa. In altri luoghi mi sono, poi, chiesto se il processo di estensione in parola possa persino spingersi fino a comprendere anche i casi in cui sul fronte interno l'antinomia abbia ad oggetto norme nazionali di grado secondario seppur "connesse" a norme di legge incompatibili con norme eurounitarie, riprendendo ed adattando al caso nostro – come si vede – l'intuizione di un'autorevole dottrina in tema di "valore di legge" (v., dunque, volendo, il mio *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e controlimiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 3/2019, 15 luglio 2019, spec. 534).

<sup>41</sup> Si è poi in altri luoghi prospettata l'ipotesi del cumulo dei rimedi, ad ulteriore rinforzo delle garanzie apprestate per il diritto sovranazionale, sì da aversi tanto la eventuale applicazione diretta di norma sovranazionale violata da norma interna di rango primario quanto l'annullamento di quest'ultima ad opera del giudice costituzionale. In dottrina è stata prospettata la congiunta prospettazione di una questione di costituzionalità e di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia [F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il "doppio rinvio"?*, in *Giur. cost.*, 2/2002, 781 ss.; R. CONTI, An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. *Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in *Giudice donna*, in [Giudicedonna.it](#), 4/2017, spec. § 6, e, dello stesso, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in [Giustizia Insieme](#), 4 marzo 2019, spec. § 4; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in [Osservatorio delle fonti](#), 2/2019, spec. 25 ss.; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, 20 ss.; G. MARTINICO, *L'idea di "concorrenza" fra Corti nel diritto costituzionale europeo*, cit., spec. § 3]. Senonché la [269 del 2017](#), con le precisazioni fatte dalle [sentt. nn. 20 e 63 del 2019](#), spiana la via all'utilizzo in successione delle due pregiudizialità, ferma restando – ad avviso della Corte costituzionale – la preferenza da accordare alla pregiudiziale costituzionale. Quanto, poi, al cumulo dei rimedi, per come a me parrebbe opportuno che fosse posto in essere, sarebbe consigliabile accordare la precedenza alla pregiudiziale eurounitaria e, all'esito della stessa, far luogo, se del caso, all'applicazione diretta della norma sovranazionale; per aversene la rimozione con effetti *erga omnes* dalla Consulta sarebbe comunque necessaria una previsione legislativa che l'autorizzi, in deroga al canone della rilevanza, ovvero, in subordine, una con atto di autonormazione del giudice costituzionale (ragguagli nei miei [Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di "costituzionalità-eurounarietà"](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/III](#), 474 ss., e, negli [Studi](#) della stessa [Rivista, Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di costruzione](#), 2019/III, 495 ss., spec. 500 ss.).

<sup>42</sup> L'orientamento interpretativo della Carta dell'Unione verso la CEDU, oltre a soggiacere alla condizione posta dalla clausola della miglior tutela, risente del fatto che la Convenzione, per il modo con cui è intesa dalla Corte di Strasburgo, esprimerebbe, a stare alla giurisprudenza costituzionale, un vincolo interpretativo assai lasso, circoscritto ai casi in cui si sia in presenza di indirizzi interpretativi "consolidati" (così, in particolare, alla luce di quanto stabilito dalla discussa [sent. n. 49 del 2015](#), che tuttavia – com'è noto – è stata derogata, sia pure in relazione ad una peculiare vicenda, dalla [sent. n. 43 del 2018](#)). Rinnovo qui pure le perplessità, altrove manifestate, a riguardo di questo

che fa luogo ad una conversione dell'immagine stessa in una circolare, ammettendo ([sent. n. 388 del 1999](#)) – come si diceva poc'anzi – che tutti tali documenti normativi “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”<sup>43</sup>. Allo stesso tempo, tuttavia, la pronunzia ora richiamata orgogliosamente rivendica il primato della Costituzione sulle altre Carte, assumendo che in nessun caso la prima offre una tutela meno intensa ai diritti di quella che può ad essi venire dalle altre Carte: un'affermazione che è, però, seccamente ed esplicitamente smentita da queste ultime, laddove (v., part., art. 53 sia della CEDU, sia della Carta dell'Unione) ritagliano per sé un ruolo “sussidiario” nei riguardi del diritto interno in genere, ed implicitamente è – a me pare – contraddetta dalla stessa Costituzione (segnatamente, agli artt. 2 e 3, nel loro fare “sistema” con i principi fondamentali restanti)<sup>44</sup>. Più di recente, la Consulta ha espressamente ammesso ([sent. n. 25 del 2019](#)) che altra Carta (e, segnatamente, la CEDU) possa offrire una tutela più ampia ai diritti in gioco rispetto a quella ad essi data dalla Costituzione ma ha ugualmente ribadito il “predominio assiologico” di quest'ultima sulla prima; e – come mi è venuto di dire in altre occasioni – francamente non si capisce come le due cose possano stare assieme.

Sta di fatto che – perlomeno in via “programmatica”, se così può dirsi – il giudice delle leggi dichiara di riconoscersi nel canone fondamentale della massimizzazione della tutela, assumendo di potersene fare interprete e garante (spec. [sent. n. 317/2009](#)). Un canone, dunque, che sovverte ogni sistemazione di stampo formale-astratto, che non guarda cioè alle *fonti* bensì alle *norme, quale che ne sia la provenienza o, appunto, la forma*. La qual cosa, per vero, fa correre rischi di non poco conto, a partire da quello di un autoritarismo giudiziario secondo occasione e, pertanto, obbliga a far luogo alla ricerca dei criteri che consentano di contenere, se non pure di eliminare del tutto, l'arbitrio del singolo operatore.

*7. Le risorse cui attingere al fine di contenere (se non pure parare del tutto) il rischio dell'autoritarismo giudiziario secondo occasione, nel momento in cui si fa valere il canone fondamentale della massimizzazione della tutela dei diritti (in ispecie, il “dialogo” intergiurisprudenziale, le consuetudini giudiziarie e la scrupolosa osservanza dei canoni del processo quali garanzie della “giurisdizionalità” della giurisdizione)*

Si tratta, dunque, di muovere alla ricerca delle risorse cui attingere al fine di centrare quest'obiettivo.

Due, a mio modo di vedere, i punti obbligati di riferimento, uno di carattere metodico ed uno di ordine teorico-ricostruttivo.

Quanto al primo, soccorre allo scopo qui avuto di mira l'uso quanto più possibile intenso e fecondo del c.d. “dialogo” tra le Corti<sup>45</sup>. Comunicare a vicenda – come si è fatto molte volte notare

differenziato trattamento riservato alle Carte in parola, per il modo con cui vorrebbero farsi valere per bocca delle Corti che ne sono istituzionalmente garanti (sulla [49 del 2015](#) si è avuta una larga messe di commenti: da ultimo, anche per risalenti indicazioni, v. E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, nella [Rivista del Gruppo di Pisa](#), in vers. provv., e G. MARTINICO, *L'idea di “concorrenza” fra Corti nel diritto costituzionale europeo*, cit.).

<sup>43</sup> È proprio così che le Carte non statali dei diritti (e le Corti europee che ne sono istituzionalmente garanti), tendono sempre di più a “costituzionalizzarsi”, così come i giudici nazionali, comuni e costituzionali, in misura crescente manifestano la vocazione ad “internazionalizzarsi” ed a “sovrannazionalizzarsi”. Se ne ha testimonianza dai richiami a getto continuo che l'una giurisprudenza fa alle altre, per quanto invero non di rado si tratti di riferimenti *ad pompam* ovvero, meno di frequente, nel segno della contestazione. Resta però il fatto che, man mano che il “dialogo” intergiurisprudenziale si porta avanti, crescono le occasioni d'influenza culturale esercitata dall'una nei riguardi dell'altra Corte (su ciò, subito appresso).

<sup>44</sup> E ciò, per la elementare ragione che, tendendo per loro indeclinabile vocazione i principi fondamentali alla loro tirannica affermazione, proprio i valori componenti la coppia assiologica fondamentale dell'ordinamento non possono fare a meno di avvalersi strumentalmente di *ogni* norma, interna o esterna che sia, che si dimostri idonea ad innalzarne il livello di affermazione nell'esperienza, in ragione delle peculiari esigenze di ciascun caso.

<sup>45</sup> Sulla varietà delle accezioni e delle forme dallo stesso assunto, v., ora, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, cit.

– non equivale, ovviamente, ad essere sempre d'accordo; ma facendo del “dialogo” in parola una esperienza costante e pressoché quotidiana, in obbedienza ad un'autentica direttiva metodica d'azione, le convergenze alla lunga finiscono – a me pare – con l'essere maggiori e più solide delle divergenze<sup>46</sup>.

Quanto al secondo, centrale rilievo va, a mia opinione, assegnato a talune *consuetudini culturali* d'interpretazione di cui si ha riscontro tanto in ambito interno quanto – e il punto è di particolare significato – a quello delle relazioni interordinamentali.

Il riferimento alle consuetudini in parola è d'obbligo – come si è veduto in sede di notazioni introduttive – al fine di potersi avere il riconoscimento dei nuovi diritti fondamentali emergenti dal tessuto sociale e bisognosi di adeguata “razionalizzazione” positiva.

Ora, tale riferimento s'impone anche in sede d'interpretazione degli enunciati che abbiano dato il riconoscimento stesso, in ispecie facendo convergere – fin dove possibile – le Carte che li contengano, fino al punto – come si diceva – di pervenire alla loro stessa integrazione ed immedesimazione.

Di qui, poi, l'ulteriore garanzia, di cui deve aversi riscontro in seno alla giurisprudenza, e che è data da quella che si è altrove qualificata come la “doppia coerenza”, *sincronica* e *diacronica*, interna dunque alle singole pronunzie ed esterna a ciascuna di esse, tutte essendo dalla loro natura e dalla comunanza dell'oggetto chiamate a comporsi in “indirizzi”, nella ristretta e propria accezione del termine, connotati da fedeltà ai precedenti, indisponibile laddove non si riscontri alcun mutamento di “situazione normativa” con riguardo ad uno stesso caso che torni dunque a ripetersi identico a sé nel tempo, ferme le condizioni oggettive di contesto in cui s'inscrive<sup>47</sup>.

Attraverso il “dialogo” si può (e deve) tentare di centrare l'obiettivo sia della stabilizzazione che del rinnovamento degli indirizzi interpretativi in funzione della ottimale salvaguardia dei diritti, in ragione dei casi ed alla luce dei valori evocati in campo dagli stessi, nelle loro mobili combinazioni. Ma il “dialogo” presuppone che ciascuno dei parlanti si faccia portatore – come si diceva – di “indirizzi” connotati da interna coerenza sia dei singoli elementi di cui essi si compongono che dell'insieme dagli stessi risultante.

È proprio in tal modo che possono venirsi a comporre quelle che altrove si sono chiamate “catene” di atti venuti alla luce nella varie sedi in cui si amministra giustizia (comune e costituzionale, nell'accezione materiale sopra indicata), tra di loro funzionalmente connessi e convergenti al conseguimento di uno scopo comune, pur risultando ovviamente ciascun atto dotato di propri connotati e perciò idoneo a produrre effetti parimenti suoi propri, che, nondimeno, si compongono in unità significante, dando pertanto vita ad un effetto complessivo e tipico di ciascuna “catena”.

Se ci si pensa, le consuetudini giudiziarie sono, a conti fatti, la maggiore risorsa di cui si dispone a presidio della “*giurisdizionalità*” della *giurisdizione* (e, segnatamente, di quella costituzionale,

---

<sup>46</sup> Faccio ora solo un esempio tra i molti che potrebbero al riguardo addursi, attingendolo dal noto caso [Taricco](#), già ad altro riguardo richiamato, nel corso del quale si è assistito ad un sostanziale ripensamento da parte della Corte di giustizia del suo precedente orientamento per effetto della vigorosa reazione avutasi in ambito interno da parte di molti studiosi ed operatori, in special modo della Consulta, che ha minacciato di far valere avverso la pronunzia della Corte stessa l'arma dei “controlimiti”. Il “dialogo” ha, poi, avuto – come si è dietro accennato – una inopinata conclusione (perlomeno, ad oggi...) ad opera di [Corte cost. sent. n. 115 del 2018](#), con cui, a parer mio, i “controlimiti” stessi sono stati ugualmente messi in evidenza, senza che per vero ve ne fosse più la necessità, per il fatto stesso della messa da canto dell'argomento, speso nell'atto di rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione, che faceva leva sulle “tradizioni costituzionali comuni” e l'ingiustificato ritorno all'argomento della “identità” costituzionale dello Stato, peraltro intesa in modo parziale e forzato, trascurando il rilievo assunto in seno alla stessa dal principio fondamentale di apertura al diritto sovranazionale.

<sup>47</sup> Raggiugli sul punto nel mio *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, 23 s.; quanto, poi, specificamente alla “situazione normativa” quale oggetto del sindacato di costituzionalità (e – come ora si viene dicendo – oggetto di giudizio in genere), risultante da elementi fattuali e normativi mescolati assieme, v., di recente, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>6</sup>, Giappichelli, Torino 2019, 101 ss.

ancora una volta intesa nella larga accezione sopra riferita). Nessun giudice, infatti, a partire proprio da quello costituzionale, potrebbe tenere alta la legittimazione di cui ha costantemente bisogno qualora i propri atti fossero visti quali mere espressioni di *autoritarismo giudiziario*, secondo occasionali convenienze<sup>48</sup>, smarrendosi in tal modo senza riparo quel carattere della prevedibilità del giudizio – ferma la “situazione normativa” di partenza – che, come si è veduto, è manifestazione e garanzia della certezza del diritto e, per ciò pure, della certezza dei diritti costituzionali.

Di qui, poi, il vitale bisogno di una scrupolosa ed integrale osservanza dei canoni che presiedono all’esercizio della giurisdizione, indisponibili da parte dei singoli atti che ne costituiscono espressione, tanto più laddove gli stessi si considerino di “chiusura” del sistema, non andando soggetti ad alcuna impugnazione, com’è appunto per le decisioni della Corte costituzionale<sup>49</sup>.

Di contro, l’esperienza ci consegna – e qui pure si sono fatti alcuni esempi, peraltro assai noti – plurime ed eloquenti testimonianze delle difficoltà e della vera e propria insofferenza della Corte stessa a restare entro l’alveo per essa tracciato, dal quale assai di frequente deborda, commutandosi in siffatte circostanze in un decisore politico, anzi nel massimo dei decisori, se è vero che ogni atto di potere costituito (persino, come si sa, la legge di forma costituzionale) soggiace al sindacato della Consulta, al di fuori delle sue stesse decisioni<sup>50</sup>.

Allo stesso tempo, le consuetudini giudiziarie, di cui si è venuti dicendo, sono la migliore garanzia della rispondenza delle decisioni di autorità – siano esse in forma di legge che in forma di pronunzie dei giudici – ai bisogni maggiormente avvertiti nel corpo sociale, ai diritti appunto. Solo in tal modo, infatti, può a mia opinione affermarsi una convergenza e, secondo modello, la stessa immedesimazione della legittimazione *dall’alto* (dai valori positivizzati) e di quella *dal basso*, per il cui tramite prende forma la democrazia, che non è solo governo del popolo (o, meglio, secondo una sua necessaria e non secondaria correzione, partecipazione del popolo al governo, la massima consentita alle condizioni complessive di contesto) ma è anche aspettativa che l’azione dei governanti di turno e dell’apparato in genere (anche, dunque, nella sua parte risultante dagli organi che amministrano giustizia) rispecchi e serva allo stesso tempo (e per quanto possibile) ciò è più profondamente ed intensamente avvertito dal corpo sociale.

---

<sup>48</sup> Di “suprematismo giudiziario” ha, di recente, discorso A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss.

<sup>49</sup> La più avveduta dottrina (per tutti, R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2995 ss.; *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 607 ss., e *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura dello stesso Romboli, Giappichelli, Torino 2017, 10 ss.) si è fatta da tempo (e con stringenti argomenti) interprete di questo bisogno che tuttavia sempre più di frequente resta inappagato.

<sup>50</sup> In altri luoghi, si è presa in esame la eventualità di ammettere che lo stesso disposto di cui all’art. 137, ultimo comma, ancorché espressivo di un principio fondamentale, possa partecipare ad operazioni di bilanciamento con altri principi, specie laddove si tratti di garantire al meglio i diritti della persona e dar modo alla stessa Corte costituzionale di tornare sui propri passi, in applicazione del “metaprincipio” della massimizzazione della tutela. A tutto ciò, nondimeno, non può ora farsi più d’un cenno.

**Marco Ruotolo**

## **L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?\***

**SOMMARIO:** 0. *Per Lino* – 1. *L'interpretazione conforme a Costituzione cerca casa* – 2. *Rapido excursus sull'evoluzione del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione nella giurisprudenza costituzionale* – 3. *La casa dell'interpretazione conforme a Costituzione nel disegno di Vezio Crisafulli* – 4. *Oltre i confini dell'interpretazione conforme a Costituzione (quando a venire in gioco sono altri "conformanti")* – 5. *Oltre il rapporto Corte costituzionale-giudici. L'interpretazione conforme a Costituzione "proposta" dal Presidente della Repubblica*

### *0. Per Lino*

Con Lino Costanzo ho condiviso alcuni passaggi importanti della mia vita accademica.

È stato nella commissione del concorso di Firenze nel quale sono divenuto professore ordinario (2003) e poi, qualche anno dopo, ho vissuto insieme a lui l'esperienza del direttivo del Gruppo di Pisa sotto la sua presidenza (2010-2013).

Negli anni del direttivo del Gruppo di Pisa siamo riusciti ad associare a un intenso lavoro anche qualche sano momento di divertimento (conservo alcune scherzose mail, che poi ho raccolto in volumetto clandestino a uso di stretto giro di colleghi). I contenuti di quelle e-mail sono coperti da segreto accademico e quindi non posso svelarli; quello che posso rivelare è il fondamentale aiuto di Lino nella manipolazione del sito del Gruppo di Pisa in occasione di un convegno in programma a Roma Tre. Se si cliccava sulla parola "Roma" si apriva l'evocativa foto del capitano Francesco Totti affacciato al balcone del Papa in Piazza San Pietro. Di quel gesto di complicità sarò sempre grato a Lino.

In quel triennio abbiamo anche fatto cose utili (ammesso che la pubblicazione seminascosta della foto di Totti possa essere considerata cosa futile), incidendo credo in modo positivo sulla storia del Gruppo di Pisa, tra l'altro con la creazione del Seminario annuale dei dottorandi in discipline giurpubblistiche. Lo abbiamo fatto sotto una guida seria, ferma, puntuale, in alcuni momenti persino maniacale. A dirlo è chi tende ad anticipare l'anticipabile, a non ridursi all'ultimo momento. Lino mi ha fatto così anche capire di non essere ansioso o forse semplicemente che esiste al mondo, nel nostro mondo, qualcuno più ansioso di me!

Credo di poter dire che il rapporto di colleganza, che per ragioni anagrafiche e non solo partiva da una mia netta posizione di subordinazione, si sia trasformato nel tempo in amicizia. Ed è quindi per me un vero piacere poter onorare oggi un maestro del diritto e soprattutto un amico.

Lino merita la definizione di professore-insegnante, come i suoi allievi potranno senz'altro confermare. Una definizione che nasce da una tripartizione elaborata da Natalino Irti: il professore fortuito, che ha fastidio di lezioni e studenti (lo si vede in università, ma senza sforzo potremmo immaginarlo altrove); il professore collega, tutto immerso nei rapporti con gli altri professori, ebbro di congiure accademiche e di consigli di facoltà, sbrigativo in lezioni ed esami; e il professore insegnante, appunto, che ha grato ricordo dei propri maestri e insieme generosa dedizione agli scolari<sup>1</sup>. Irti identifica quest'ultima figura con chi è capace di formare e di contribuire al progresso della scienza. Di più: lo considera simbolo della continuità, riferendolo a un sapere che, venendo dal passato, attraversa il presente e guarda al futuro. Insegnare vuol dire imprimere segni. Ebbene Lino ha impresso tanti segni e tanti altri ne imprimerà, perché – non vorrei essere frainteso – Lino è qui, vive e lotta insieme a noi!

A Lino, professore-insegnante, dedico queste pagine, che sono state preparate in vista del Seminario annuale 2019 del Gruppo di Pisa.

---

\* Il presente contributo, preparato quale relazione al Seminario dell'Associazione "Gruppo di Pisa" del 25 ottobre 2019, è affettuosamente dedicato a Pasquale Costanzo e sarà pubblicato negli Studi in suo onore.

<sup>1</sup> N. IRTI, *Un professore-insegnante (per Giuseppe Benedetti)*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2009, 1419 ss.



## 1. L'interpretazione conforme a Costituzione cerca casa

Mi sono occupato in diverse occasioni del tema dell'interpretazione conforme a Costituzione e rischio di avere poco da dire in aggiunta a quanto già scritto<sup>2</sup>. Anche per questa ragione – per non ripetermi – cercherò di privilegiare alcuni aspetti a scapito di altri, dando anzitutto peso al titolo che mi è stato suggerito dal direttivo del Gruppo di Pisa, il quale evoca un ritorno a casa dell'interpretazione conforme a Costituzione.

Esiste davvero una sola casa per questa tecnica? A leggere contributi recenti se ne potrebbe dubitare. Vi è chi ha più volte sostenuto che non si può «leggere nella disposizione quello che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse»<sup>3</sup> e chi ritiene che il nuovo atteggiamento della Corte, che avrebbe ormai esonerato il giudice comune dal compito di interpretare le disposizioni in modo conforme quando ciò appaia soltanto “improbabile o difficile” (sent. n. 42 del 2017), possa «comportare una rinuncia non priva di controindicazioni»<sup>4</sup>.

Entrambe le costruzioni non mi convincono.

Mi chiedo: chi nega che si possa leggere in una disposizione quello che non c'è (un giudice che operasse in tal modo compierebbe una violazione di legge)? Chi nega che un giudice possa privilegiare, in nome della forza espansiva della Costituzione, un'interpretazione della disposizione per quanto “difficile” o “improbabile”?

La Corte costituzionale non ha mai scritto che l'interpretazione conforme a Costituzione possa condurre a uno stravolgimento in via giudiziale del tenore letterale della disposizione; semmai ha sostenuto il contrario. Né, con la [sent. n. 42 del 2017](#), ha inteso inibire l'esercizio di poteri ermeneutici che consentano al giudice di fare sì che la Costituzione pervada l'ordinamento «in modo molecolare», entrando in tutte le norme dello stesso e quindi caratterizzandole, conformandole<sup>5</sup>; semmai, di nuovo, ha sostenuto il contrario. Piuttosto, con il suo nuovo atteggiamento – che peraltro, come dirò, è stato precisato e non inaugurato con la sent. n. 42 del 2017 – la Corte vuole evitare che un giudice debba per forza “fare da sé”, senza sollevare la questione di costituzionalità, qualora non riesca a raggiungere un esito costituzionalmente conforme mediante l'impiego degli strumenti ermeneutici a sua disposizione. È cosa ben diversa dal ritenere che non possa «spingersi oltre la sfera di ciò che, pur con difficoltà e con iniziale esitazione, resta a ben vedere, sul piano dell'interpretazione possibile»<sup>6</sup>. Significa che ove un giudice abbia motivato in ordine alle ragioni che lo inducono a non

<sup>2</sup> Una sintesi la si può trovare nel mio *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014 e poi in *Quando il giudice “deve fare da sé”*, in [Questione Giustizia](#), 22 ottobre 2018. Al tema dell'interpretazione conforme a Costituzione sono stati dedicati, in questi anni, diversi contributi, tra i quali: G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; M. D'AMICO e B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno di Milano, 6-7 giugno 2008, Torino, 2009; AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Atti del seminario svoltosi a Roma presso Palazzo della Consulta il 6 novembre 2009, Milano, 2010; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011; M. A. GLIATTA, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Per una teoria garantista della funzione giurisdizionale*, Napoli, 2014; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 391 ss. Fondamentali, in argomento, gli studi di Franco MODUGNO. Limitandomi ai più recenti, indico: *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in [Rivista AIC](#), 18 aprile 2014; *Al fondo della teoria dell'“interpretazione conforme a Costituzione”*, in *Diritto e Società*, 2015, 461 ss.; *Interpretazione costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2018, spec. 528 ss.

<sup>3</sup> M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'«interpretazione conforme a»*, in [Federalismi.it](#), 8 agosto 2007, 7. La posizione di Luciani è ora più compiutamente esposta nella sua ricca e già citata voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, 391 ss. (per il profilo qui trattato v. 472 s.).

<sup>4</sup> M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità delle questioni incidentali di costituzionalità (rilevanza, incidentalità, interpretazione conforme)*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Atti del Convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile, Milano, 2019, 36.

<sup>5</sup> Come giustamente indicato da G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 6 novembre 2009, Milano, 2010, 323.

<sup>6</sup> M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità*, cit. , 36.

pervenire, direttamente, a un esito ermeneutico conforme a Costituzione, ciò basta affinché la sua “domanda” meriti dalla Corte una “risposta” nel merito. Risposta che potrà pure consistere nell’affermazione della praticabilità (e dunque della “possibilità”) della soluzione scartata dal giudice, in ragione, ad esempio e forse anzitutto, della presunta (e dalla Corte non rilevata) resistenza della lettera (o del diritto vivente) a un esito costituzionalmente conforme.

Insomma: è solo l’omesso (o del tutto inadeguato) tentativo di interpretazione conforme che merita di essere sanzionato con una pronuncia di inammissibilità, negli altri casi dovendo la Corte affrontare la questione nel merito. Questo è l’atteggiamento attuale del giudice delle leggi, che più avanti ripercorrerò. Che poi questa sia “la casa” dell’interpretazione conforme è altra questione, che per essere affrontata richiede di essere inquadrata alla luce delle ancora attuali riflessioni degli studiosi che si occuparono dei temi della giustizia costituzionale all’indomani dell’entrata in funzione della Corte<sup>7</sup>. Insuperabili mi sembrano, in particolare, le riflessioni di Vezio Crisafulli, che considererò come l’architetto della possibile, almeno ideale, casa dell’interpretazione conforme a Costituzione.

Prima di addentrarmi sui fronti dell’evoluzione giurisprudenziale e della ricostruzione della tesi di una dottrina così autorevole, vorrei, però, ancora spendere una considerazione sulle posizioni attuali prima riferite. Non vorrei, infatti, sembrare ingenuo o almeno incapace di cogliere cosa quelle due tesi sottendano.

La prima tesi si rivela, nelle sue intenzioni e nei suoi sviluppi<sup>8</sup>, fautrice di una strategia che vuole la “lettera” prevalere sempre e comunque, contenendo significativamente (in modo antistorico) il potere interpretativo dei giudici. Si afferma esplicitamente la contrarietà nei confronti delle «derive pangiurisdizionaliste che oggi dominano il dibattito scientifico e cominciano a percorrere il concreto funzionamento delle istituzioni»<sup>9</sup>, le quali mirerebbero a sostituire a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico<sup>10</sup>. Emerge, sia pure implicitamente, una forte diffidenza nei confronti dei giudici, mettendo al fondo in dubbio la loro cultura costituzionale. L’insistenza sul primato del testo potrebbe essere infatti letta come un invito per i giudici comuni (e per l’amministrazione) a tenere un atteggiamento supino rispetto al dato letterale della legge, particolarmente gradito peraltro da molti operatori in quanto senz’altro deresponsabilizzante. Ma quanti arretramenti potremmo registrare specie sul piano della tutela dei diritti fondamentali se questo atteggiamento dovesse riprendere piede! Non credo sia da auspicare il ritorno a un’amministrazione ottusa, né a una giurisdizione chiusa rispetto alle possibilità date dall’interpretazione sistematica (e conforme a Costituzione).

La seconda tesi, invece, ha un retroterra pangiurisdizionalista e in nome della «diffusività della Costituzione»<sup>11</sup> si traduce in un invito al giudice a fare il più possibile da sé. Qui la cultura costituzionale dei magistrati è data per scontata e piena è la fiducia nei loro confronti circa la capacità di assicurare, tramite l’interpretazione, un sistema normativo più conforme (o meno disforme) a Costituzione. Volendo estremizzare: l’opera del legislatore ben può essere sviluppata e completata dai giudici, che possono sempre contribuire, attraverso l’interpretazione, a razionalizzarla decisamente in una direzione conforme a Costituzione, anche integrando le lacune del dettato normativo.

Nella loro, per quanto implicita, radicalità sono posizioni che non mi soddisfano. Il legislatore deve rimanere il principale attore nello svolgimento e nell’attuazione della Costituzione. A imporlo sono le regole base della democrazia. Ma il giudice non può essere passivo spettatore, mera bocca della legge, secondo l’antica immagine; deve poter ricavare norme conformi a Costituzione fin dove l’orizzonte di senso del testo soggetto al processo di interpretazione/applicazione lo consenta. Non può sostituirsi al legislatore, ma, presumendo la legittimità costituzionale della scelta politica, può

---

<sup>7</sup> Il riferimento è, in particolare, ai lavori di Vezio Crisafulli, di Carlo Esposito e di Carlo Lavagna, nonché di Giovanni Grottanelli e di Alessandro Pace, le cui posizioni in argomento ho cercato di ricostruire nel mio *Interpretare*, cit., 37 ss.

<sup>8</sup> Mi riferisco alla già citata voce *Interpretazione conforme a Costituzione* di Massimo Luciani.

<sup>9</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 422.

<sup>10</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 393.

<sup>11</sup> M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità*, cit., 31.

dare un apporto decisivo per far sì che la stessa esprima virtualità normative conformi a Costituzione. Banalmente: il giudice non è strumento dichiarativo della volontà del legislatore, ma nemmeno può essere soggetto capace di stravolgere il voluto che si manifesta attraverso la disposizione. È una questione di misura, è un problema di confini, che, come più volte ho sostenuto, devono essere ricercati negando radicalmente che l'interpretazione possa trasmodare in disapplicazione dei testi legislativi<sup>12</sup>.

Se si vuole, quella che qui si esprimerà potrà essere considerata come una posizione mediana, che condivide lo scetticismo nei confronti della pangiurisdizionalizzazione del reale, ma non fino al punto da tollerare, in nome di una cieca prevalenza della preminenza della legge, il realizzarsi e il protrarsi di situazioni normative contrarie alla Costituzione, spesso peraltro determinate da omissioni che il legislatore non appare disponibile a colmare nonostante moniti formulati in tale direzione dagli organi di garanzia, in particolare dalla Corte costituzionale, ma anche, come vedremo, dal Presidente della Repubblica. In presenza degli stessi è difficile negare che il giudice abbia maggiori spazi di intervento, anche per colmare lacune che riscontri nel sistema, se non altro perché il monito o il suggerimento interpretativo dell'organo di garanzia può contribuire a definire il "principio generale" dal quale ricavare la regola per l'integrazione dell'ordinamento ove debba fare ricorso all'*analogia iuris*<sup>13</sup>.

Si potrebbe però obiettare che la tesi che propugna il radicale contenimento dell'interpretazione conforme a Costituzione non conduca a determinare i rischi appena accennati. Dove il dettato legislativo è di dubbia costituzionalità o dove sia presente un'omissione che si presume incostituzionale, il giudice solleva la relativa questione e la Corte potrà accoglierla. Per coerenza si dovrebbe tuttavia ritenere che ciò debba accadere ogni qual volta sia possibile anche una sola interpretazione incostituzionale<sup>14</sup>, con la conseguenza che il procedimento davanti al giudice dovrà essere sospeso e la Corte dovrà scegliere l'alternativa accoglimento/rigetto. Bianco o nero. Purtroppo o per fortuna non è così, perché i testi (la maggior parte degli enunciati) sono per loro natura ambigui, suscettibili di diverse interpretazioni, sicché l'attività ermeneutica si rivela ineludibile strumento in vista dell'applicazione. Senza dimenticare che il conseguimento di un risultato conforme a Costituzione, realizzato direttamente dal giudice, consente di rispondere immediatamente alla domanda di giustizia che è sottesa a qualunque procedimento giurisdizionale. Il che non è secondario in un Paese che detiene primati per la lunghezza dei processi.

Ma vediamo finalmente, sia pure per grandi linee, come si è orientata sul tema la giurisprudenza costituzionale e se sia possibile ritenere che i più recenti approdi l'abbiano condotta nella casa che il grande Vezio Crisafulli aveva disegnato per l'interpretazione conforme a Costituzione.

## *2. Rapido excursus sull'evoluzione del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione nella giurisprudenza costituzionale*

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di interpretazione conforme a Costituzione è stata ricostruita in diversi lavori<sup>15</sup>. Credo sia inutile ripercorrerne analiticamente le tappe, essendo piuttosto preferibile indicare quali siano stati i più rilevanti precedenti rispetto a quello che appare essere l'attuale indirizzo.

---

<sup>12</sup> Piena consonanza sul punto con V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé*, in *Diritto e Società*, 2018, 649.

<sup>13</sup> Va ricordato che le lacune possono essere colmate con il ricorso ai principi costituzionali ai quali «spetta in ogni caso – anche ai fini delle “preleggi” – la priorità nei confronti dei principi generali di derivazione legislativa ordinaria» (L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 109).

<sup>14</sup> È quanto sostenuto da A. PACE, *I limiti dell'interpretazione adeguatrice*, in *Giur. Cost.*, 1963, 1073.

<sup>15</sup> Da ultimo, in modo particolarmente ordinato, V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 49 ss.

Che la Corte costituzionale abbia il potere di interpretare la disposizione legislativa censurata in modo diverso dal rimettente al fine di assicurarne la compatibilità a Costituzione è consapevolezza antica, espressa già nella [sent. n. 3 del 1956](#). Così come antica è l'acquisizione circa la possibilità del ricorso a decisioni interpretative, tra le quali sono da annoverare le pronunce di infondatezza, che appunto respingono la questione di legittimità costituzionale in quanto al testo può essere data un'interpretazione conforme a Costituzione (in tal caso, sarebbe sempre opportuno che la Corte indichi nel dispositivo che l'infondatezza è “nei sensi di cui in motivazione”, come accaduto, non senza qualche oscillazione nella seguente storia giurisprudenziale, a partire dalla [sent. n. 1 del 1957](#)). Tuttavia, la pronuncia interpretativa, se e proprio in quanto di infondatezza, non vincola, com'è noto, i giudici, i quali ben potrebbero ricavare dal testo una norma diversa da quella individuata dalla Corte costituzionale. È questa la ragione per cui il “seguito” di pronunce di tal fatta dipende in larga misura dalla volontà “collaborativa” dei giudici, in particolare dei “vertici” della magistratura, che altrimenti potrebbero “reagire”, come accaduto, in verità raramente, nella storia repubblicana<sup>16</sup>. Proprio alla luce di quelle reazioni – penso in particolare a quella verificatasi negli anni Sessanta del secolo scorso<sup>17</sup> – la Corte cominciò negli anni Settanta a diversamente valutare il c.d. diritto vivente, considerandolo limite alla propria libertà interpretativa (v., ad es., [sent. n. 276 del 1974](#)), nel senso che, ove da esso intenda discostarsi, la strada maestra diviene quella dell'accoglimento della questione.

Ma l'“apertura” nei confronti dei giudici diviene gradualmente più significativa e si traduce nell'invito agli stessi a procedere ad «una esegesi adeguatrice» del dato normativo prima di sollevare la questione di costituzionalità (v., ad es., [sent. n. 443 del 1994](#)), potendo l'antinomia risultare apparente qualora il presunto conflitto tra testi sia risolvibile mediante la relativa interpretazione che renda le norme da essi ricavate non incompatibili tra loro. Ciò sarà puntualizzato nel noto passo per cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» ([sent. n. 356 del 1996](#)). Il «risolto processuale»<sup>18</sup> di questa affermazione sarà l'adozione della pronuncia di inammissibilità non solo ogni qual volta il giudice abbia omesso di cercare la soluzione conforme a Costituzione, ma anche quando non abbia adeguatamente dimostrato la “impossibilità” di seguire un'interpretazione costituzionalmente corretta. Diminuiscono le sentenze interpretative di rigetto (delle quali costituiscono parziale surrogato le decisioni definite di “rigetto con interpretazione”, non caratterizzate dalla formula “nei sensi di cui in motivazione”), crescono le decisioni di inammissibilità fondate sulla possibilità di ricavare dal testo un'interpretazione conforme a Costituzione, ancorché difficile o improbabile. In particolare, l'eventuale resistenza opposta dalla prevalente interpretazione giurisprudenziale della disposizione è ritenuta in molte occasioni superabile, in quanto uniformarsi al diritto vivente è considerata “facoltà” e non “obbligo” per il giudice *a quo* (v. ad es. [sent. n. 350 del 1997](#)).

È il preludio a una nuova stagione di conflitto con la Cassazione, espressa in occasione di una vicenda riguardante il calcolo dei termini di fase della custodia cautelare in carcere. La Cassazione non si uniforma al suggerimento interpretativo della Corte costituzionale, espresso nella sentenza interpretativa di rigetto n. 232 del 1998, e il giudice delle leggi, di nuovo chiamato a pronunciarsi, ricorre a diverse decisioni di inammissibilità o di manifesta infondatezza, rivendicando a sé il potere di interpretare le disposizioni in modo conforme a Costituzione. La vicenda si conclude alcuni anni dopo con la presa d'atto del maturare di un diverso indirizzo giurisprudenziale, suffragato da una

---

<sup>16</sup> A sottolineare il proficuo rapporto Corte costituzionale-giudici si è parlato di “sindacato accentrato-collaborativo” nel volume di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012.

<sup>17</sup> La c.d. guerra tra Corti nacque a seguito di tre pronunce della Corte costituzionale ([sentt. n. 11 e 52 del 1965](#), [n. 127 del 1966](#)), in tema di garanzie difensive nell'istruzione sommaria, le quali avevano disatteso il consolidato orientamento in materia della giurisprudenza di legittimità. La vicenda, che aveva visto l'impiego da parte della Corte di pronunce “interpretative” (di rigetto e di accoglimento), si concluse con un'ulteriore pronuncia di rigetto ([sent. n. 49 del 1970](#)) che ha finito per “dare ragione” alla Cassazione, in quanto il problema ad essa sottesa è finalmente considerato come questione meramente interpretativa la cui soluzione è riserva alla giurisprudenza comune.

<sup>18</sup> V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., 77.

pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, al quale non è più possibile controbattere con una decisione meramente interpretativa. La Corte ricorre pertanto ad una sentenza additiva (n. 299 del 2005) resa necessaria dal formarsi di un diritto vivente ritenuto incostituzionale. Si pongono le basi per una nuova e positiva stagione di “collaborazione” con la magistratura, che tra l’altro si traduce nella conferma degli ampi poteri interpretativi della stessa al fine di addivenire a soluzioni normative conformi a Costituzione, accompagnato dall’attenuazione del vincolo motivazionale nella proposizione di questione di costituzionalità<sup>19</sup>, tanto da leggere l’onere di interpretazione conforme non più come “obbligo di risultato” ma come “obbligo di mezzi”<sup>20</sup> o, ancora meglio, “*obbligo di diligenza*”: «la motivazione è condizione necessaria, quanto *sufficiente*, per accedere al merito del sindacato di costituzionalità, anche ove non risulti del tutto *persuasiva*»<sup>21</sup>. Se un giudice, utilizzando gli ordinari poteri ermeneutici, ritiene che la soluzione conforme a Costituzione non sia praticabile, o meglio sia difficile o improbabile a causa della resistenza del testo o del diritto vivente formatosi su di esso, ciò basta ai fini della corretta introduzione del giudizio di costituzionalità. La risposta della Corte, insomma, non potrà essere l’inammissibilità della questione<sup>22</sup>, ma al limite il rigetto interpretativo ([sent. n. 221 del 2015](#)), ove la stessa ritenga che la soluzione ermeneutica scartata dal giudice sia possibile, ancorché difficile o improbabile ([sent. n. 42 del 2017](#)).

Si tratta di un epilogo che pare a chi scrive in grado di assicurare una soluzione di equilibrio, rispettosa del ruolo della magistratura e in grado di assicurare un migliore ascolto e seguito delle pronunce della Corte. Il suo “risvolto processuale” è il rinnovato *favor* per l’impiego della pronuncia interpretativa di rigetto ogni qual volta sia possibile l’interpretazione conforme a Costituzione della disposizione censurata. Vi è, dunque, anche un innegabile miglioramento della segnaletica giurisprudenziale<sup>23</sup>, che è fattore non secondario per far maturare e consolidare un rapporto positivo di collaborazione con la magistratura.

È questo un ritorno a casa dell’interpretazione conforme a Costituzione?

### 3. *La casa dell’interpretazione conforme a Costituzione nel disegno di Vezio Crisafulli*

Credo che le principali domande sottese alla rapida analisi giurisprudenziale prima proposta possano riassumersi in due interrogativi: perché mai un giudice dovrebbe sollevare questione di costituzionalità se attraverso l’interpretazione è possibile ricavare un significato del testo conforme a Costituzione? E, sul versante del giudizio di costituzionalità: perché mai la Corte dovrebbe dichiarare illegittimo un testo normativo se da esso può ricavarsi un significato conforme a Costituzione? Al riguardo si contrappongono due diverse esigenze: da un lato quella di privilegiare ad ogni costo la certezza del diritto (se vi è anche una sola possibilità di ricavare dall’enunciato una norma incostituzionale, la Corte avrebbe il dovere di espungere quella norma dall’ordinamento); dall’altro lato quella di favorire la collaborazione tra istituzioni, peraltro garantendo una tutela immediata del diritto controverso<sup>24</sup> (offerta direttamente dal giudice comune, senza attendere il giudizio della Corte). Nel contemperamento tra le due esigenze, la seconda sembra ricevere maggiore spazio, al

---

<sup>19</sup> Cfr. C. TOMBA, *Il “depotenziamento” dell’obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un “nuovo” riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2063 ss.

<sup>20</sup> G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale*, Napoli, 2017, 141.

<sup>21</sup> F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, cit., 541.

<sup>22</sup> «Se l’interpretazione prescelta dal giudice rimettente sia da considerare la sola persuasiva, è profilo che esula dall’ammissibilità e attiene, per contro, al merito, che è ora possibile scrutinare»: v. tra le altre [sentt. nn. 221, 262 del 2015, 45, 95, 204 del 2016](#).

<sup>23</sup> Autorevolmente auspicato da L. ELIA, *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in *Giur. Cost.*, 2002, 3690.

<sup>24</sup> Come rileva G. SILVESTRI, *L’effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 20.

punto che la dichiarazione di incostituzionalità è ormai riguardata quale *extrema ratio*, quale esito del fallimento dell'interpretazione<sup>25</sup>.

Entro queste coordinate credo possano essere inquadrare le evoluzioni e le implicazioni dell'interpretazione conforme, traendo dalla dottrina che per prima si è occupata del tema importanti, se non decisive, indicazioni.

Nel 1956 Vezio Crisafulli già scriveva che la Corte può ben ricorrere ad una pronuncia di rigetto quando dalla disposizione impugnata possa ricavarsi una norma conforme a Costituzione, diversa da quella individuata dal giudice *a quo*<sup>26</sup>, precisando cinque anni dopo che la sentenza non avrebbe potuto essere che di incostituzionalità ove la *formulazione* della disposizione offrisse una *resistenza insuperabile* ad essere interpretata in modo conforme a Costituzione ovvero allorché si fossero *consolidati indirizzi giurisprudenziali incostituzionali*, dovendosi in tale ultimo caso dichiarare l'illegittimità della norma "vivente"<sup>27</sup>. Il tenore letterale o il diritto vivente erano dunque già riguardati come principali ostacoli alla ricerca di una soluzione conforme a Costituzione. Non sarebbe stato poi così difficile cogliere i "risvolti processuali" di questa affermazione. La stessa Corte costituzionale non potrebbe rinunciare all'accoglimento della questione ove realmente la lettera o il diritto vivente costituissero "ostacolo insuperabile" a una soluzione ermeneutica costituzionalmente conforme. Ove il giudice ritenga l'ostacolo "insuperabile", ma la Corte lo valuti invece "superabile", non condividendo la lettura del rimettente, la soluzione ben potrà essere la sentenza interpretativa di rigetto. Viceversa, ove il giudice ritenga non sussistente l'ostacolo, sarà direttamente lui ad offrire la soluzione costituzionalmente conforme, senza coinvolgere la Corte. Il problema principale sta nell'ipotesi in cui la Corte abbia ritenuto possibile un'interpretazione alternativa, in quanto non implausibile, rispetto a quella indicata dal giudice *a quo*, ma gli altri giudici non intendano uniformarsi ad essa. È un'ipotesi possibile, come abbiamo già detto, connaturata alla non vincolatività della decisione interpretativa di rigetto, suscettibile di sfociare persino, come accaduto, in un conflitto tra Corti. Anche al riguardo, Vezio Crisafulli ci forniva già la risposta: nonostante l'efficacia "morale" altissima delle decisioni della Corte, non possono escludersi – scriveva Crisafulli nel 1958 – "casi di ribellione" dei giudici, specie di quelli diversi dal rimettente ("gli altri giudici") e soprattutto a distanza di tempo dalla sentenza costituzionale<sup>28</sup>. L'unica via per stroncare quella ribellione sarà il successivo accoglimento della questione, proprio per «impedire l'affermarsi di interpretazioni incostituzionali»<sup>29</sup>.

È un sistema che, com'è noto, presuppone la possibilità della doppia pronuncia diacronica, ma che richiede, per avere un senso, che la decisione interpretativa di rigetto sia tendenzialmente rispettata, seguita, che cioè vi sia propensione alla "collaborazione" da parte dei giudici<sup>30</sup>. Ed è una situazione che tendenzialmente si è verificata nella storia dei rapporti tra la Corte costituzionale e gli altri giudici, diversamente da quanto accaduto nei rapporti tra giudice delle leggi e Parlamento, essendo troppo spesso i moniti del primo inascoltati dal secondo<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 257.

<sup>26</sup> V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 1956, 939.

<sup>27</sup> V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, 1961, 895.

<sup>28</sup> V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale tra magistratura e Parlamento*, in *Scritti giuridici in memoria di Calamandrei*, IV, Padova, 1958, 290 s.

<sup>29</sup> V. CRISAFULLI, *Le sentenze "interpretative" della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 11 s.

<sup>30</sup> Sul "seguito" delle decisioni interpretative v. G. AMOROSO, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 769 ss., nonché la ricerca del Servizio studi della Corte costituzionale dal titolo *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso l'autorità giudiziaria – anni 2000-2005*, pubblicata nella [sezione "Studi e ricerche" del sito della Corte costituzionale](#).

<sup>31</sup> Si veda sul punto la riflessione di P. COSTANZO, *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, in ID. (a cura di), *Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Milano, 1995, 4, relativa al «perfezionarsi di un modello "collaborativo" di giustizia costituzionale (terzo rispetto ai ben noti due grandi modelli "accentrato" di derivazione austriaca e "diffuso" di origine statunitense), per il cui assestamento si è rivelata (e permane) decisiva la giurisprudenza della Corte

Il mantenimento di questo rapporto collaborativo passa anche, se non soprattutto, per il rispetto da parte della Corte della c.d. dottrina del diritto vivente e delle sue immediate implicazioni. Non si può infatti negare, dal lato del giudice comune, che “costringerlo” a percorrere una soluzione ermeneutica diversa da quella “dominante”, specie se espressa dal giudice di legittimità, significherebbe indurlo a un’interpretazione probabilmente «suicida» («in quanto quasi certamente destinata ad essere annullata dalla pronuncia dei giudici dei gradi superiori») <sup>32</sup> e che, dal lato della Corte costituzionale, optare per una decisione di rigetto o addirittura di inammissibilità per indicare una soluzione conforme a Costituzione diversa da quella espressa dalla Cassazione potrebbe «porre in discussione» o persino «delegittimare» la funzione nomofilattica di quest’ultima <sup>33</sup>. La decisione interpretativa di rigetto dovrebbe in tali casi essere privilegiata quando la Corte costituzionale intenda confermare il (o conformarsi al) diritto vivente <sup>34</sup>, non già quando ritenga che sia da preferire una soluzione ermeneutica diversa da quella scaturita dalla giurisprudenza consolidata, in ragione del fatto che quest’ultima è contraria a Costituzione. Né potrebbe, per eludere il limite che essa stessa si è data, ricorrere allo stratagemma dell’interpretazione conforme a Costituzione del diritto vivente all’apparenza incostituzionale. La Corte non potrebbe, infatti, dire che il diritto vivente «non è incostituzionale se reinterpretato», come pure ha fatto, perché tale affermazione se può valere con riguardo a un testo (sempre nei limiti del suo orizzonte di senso), «ove riferita ad un’interpretazione lascia disorientati» <sup>35</sup>.

Credo che, riguardata in questi termini, l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale, pur con le oscillazioni rilevate, abbia riportato l’interpretazione conforme a Costituzione nella casa che la migliore dottrina sembrava aver costruito proprio al fine di contenerne gli eccessi.

#### *4. Oltre i confini dell’interpretazione conforme a Costituzione (quando a venire in gioco sono altri “conformanti”)*

Fuori dal perimetro di questo mio intervento è volutamente rimasto il tema dell’interpretazione conforme al diritto europeo e al diritto internazionale, nella condivisa consapevolezza della sua specificità e dunque diversità. Come è stato mirabilmente scritto da un noto magistrato, «la nozione di interpretazione conforme esprime essenzialmente un concetto di relazione logica, tra un

---

costituzionale, la quale, anche in modo arditamente innovativo, ha assecondato le propensioni, diffuse nel sistema, di arricchire la gamma dei moduli della ridetta collaborazione». Dello stesso Autore, per quanto riguarda il versante dei rapporti Corte-legislatore e le implicazioni del perdurante stato di inerzia a seguito dei moniti del giudice delle leggi, si veda [Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo di insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant’anni di attività](#), in questa [Rivista, Studi, 2006](#), specie paragrafi 6 e 7.

<sup>32</sup> R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE e C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive*, Torino, 2008, 111. Il rilievo del «diritto vivente» è tale che la mancata presa in considerazione di soluzioni ermeneutiche alternative ad esso, «eccentriche rispetto al modo in cui le disposizioni vivono», non può ritenersi condizione di inammissibilità della questione ([sent. n. 141 del 2019](#)).

<sup>33</sup> Così, ancora, R. ROMBOLI, *op. cit.*, 112.

<sup>34</sup> Come sostenuto da tempo in dottrina. Cfr., almeno: G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, 101; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994, 339 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 154.

<sup>35</sup> Così, con riferimento alla sent. n. 3 del 2015, M. CAREDDA, *Quando “reinterpretare” dovrebbe equivalere ad accogliere*, in *Giur. Cost.*, 2015, 35, la quale aggiunge: «reinterpretare una ‘norma’ significa, infatti, sostituire un’interpretazione a un’altra, perché la seconda e non la prima è conforme a Costituzione. Ma se la prima è “diritto vivente” non si può rinunciare a dichiararla incostituzionale, salvo a voler sacrificare del tutto le esigenze della certezza del diritto in nome della ricerca a tutti i costi della soluzione conforme a Costituzione». Mi pare un buon modo di sviluppare l’intuizione crisafulliana per cui anche il diritto vivente può costituire “resistenza insuperabile” per addivenire a una soluzione conforme a Costituzione. Proprio V. CRISAFULLI, *Il “ritorno” dell’art. 2*, cit., 897, richiamato puntualmente nelle conclusioni della nota di Marta Caredda, affermava, infatti, che «il solo mezzo di cui disponga la Corte per stroncare indirizzi giurisprudenziali incostituzionali consiste nel dichiarare formalmente, in dispositivo, la invalidità della “norma vivente”, anche se, a suo giudizio, fondata sopra una erronea interpretazione».

conformante e un conformato» e il «“conformante” – vale a dire ciò che attrae nella sua orbita ermeneutica ed assiologica l’altro termine della relazione – è modello composito e variegato», al punto che la diversità di «presupposti, di regole (anche non scritte), di prassi, di limiti e di risultati», dimostra «quasi la velleità di ogni approccio olistico a tale concetto»<sup>36</sup>.

Se la oggettiva diversità dei “conformanti” mi induce a non approfondire il tema, non posso però qui non rilevare, in quanto utile per completezza della trattazione, la recente tendenza al “riaccentramento” del giudizio di costituzionalità, più propriamente a riportare in tale sede il sindacato sulle norme interne che si pongano in contrasto con parametri sovranazionali che abbiano contenuto “di impronta tipicamente costituzionale” e incidano su diritti fondamentali della persona. Se questo è in qualche modo naturale per il rapporto con il diritto convenzionale (si pensi alla giurisprudenza riguardante la CEDU, a partire dalle sentenze “gemelle” [nn. 348 e 349 del 2007](#)), appare meno scontato nel rapporto con il diritto comunitario o eurounitario. Esempio di questa tendenza è la [sent. n. 269 del 2017](#), riguardante il sindacato sulle norme interne che si pongano in potenziale contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (CDFUE). Secondo quando confermato anche nella successiva [sent. n. 20 del 2019](#), la Corte ritiene che «i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri), e che la prima costituisce pertanto “parte del diritto dell’Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale”». Quando una legge che incide sui diritti fondamentali della persona sia oggetto di dubbi, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua compatibilità con la CDFUE – fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione europea – «va preservata l’opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.), precisando che, in tali fattispecie, la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (*ex* artt. 11 e 117, comma 1, Cost.), comunque secondo l’ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato». Come ulteriormente precisato nella [sent. n. 63 del 2019](#), laddove «sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.), con conseguente eliminazione dall’ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione»<sup>37</sup>. Anche se non può probabilmente affermarsi in tali casi una priorità assoluta per l’incidente di costituzionalità (potendo il giudice, a sua discrezione, ricorrere al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione europea), come si evince pure dalla successiva [ord. n. 117 del 2019](#), la precisazione della Corte costituzionale può essere considerata come espressione della precisa volontà di quest’ultima di rimanere il primo riferimento in materia di garanzia dei diritti umani. Insomma, si potrebbe ritenere, riprendendo il filo del discorso che interessa l’interpretazione conforme a Costituzione, che la Corte stia cercando di contenere gli spazi di diffusione del giudizio di costituzionalità, pur non disconoscendo ai giudici poteri rilevanti, nonché

---

<sup>36</sup> P. GAETA, *Dell’interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Archivio penale*, 2012, n. 1, 3. Tra le variabili indicate da Gaeta assume qui particolare rilievo quella del «contesto», atteggiandosi diversamente l’«ermeneutica conformante» ove rapportata a un “sistema” nazionale o sovranazionale.

<sup>37</sup> Secondo una certa lettura, in conseguenza della [sent. n. 269 del 2017](#) gli spazi di intervento “diretto” del giudice comune sarebbero ormai irrimediabilmente ridotti quando a venire in gioco siano le violazioni dei diritti della persona: così G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 220; in senso analogo, tra gli altri, R. G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 dicembre 2017, nonché L. S. ROSSI, *La sent. 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter “creativi” (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell’Unione europea*, in [Federalismi.it](#), 31 gennaio 2018.



ovviamente il persistente potere/dovere di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto euro-unitario.

Il fenomeno è particolarmente interessante se si riflette sul fatto che all'origine della dilatazione dei poteri interpretativi dei giudici comuni vi è, in buona parte, il mutamento del modo di concepire la stessa funzione giurisdizionale nel sistema italiano conseguente alla [sentenza Simmenthal](#) della Corte di giustizia del 1978 (e alla successiva [sent. n. 170 del 1984](#) della Corte costituzionale). Il riconoscimento al giudice comune del potere di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto comunitario (ora euro-unitario) direttamente applicabile non poteva non avere conseguenze ulteriori, che non si sono infatti limitate al pure rilevante ambito della “diffusione” del controllo in questo campo, ma hanno segnato l'ampliamento dei suoi poteri interpretativi in vista della conformazione del diritto interno al diritto europeo. Il che non poteva non avere riflessi anche sul rafforzamento degli stessi poteri per rispondere all'esigenza di conformazione dei testi normativi a Costituzione. Più prosaicamente: se il giudice può allontanarsi dal significato che sembrerebbe più immediatamente riconducibile al testo per prevenire l'antinomia con il diritto comunitario e dunque evitare la formale disapplicazione, per quale ragione non potrebbe fare altrettanto per assicurare un'immediata conformità a Costituzione di una disposizione evitando di sollevare questione di costituzionalità? Si potrebbe rispondere perché a tale fine c'è sempre la possibilità di adire la Corte costituzionale. Il che è senz'altro vero e infatti non è questo che si vuole negare. Ma è indiscutibile che a partire dalla [sentenza n. 170 del 1984](#), una volta riconosciuto al giudice il potere di addirittura disapplicare la legge (sia pure solo per l'ipotesi di contrasto con il diritto comunitario), la percezione del suo ruolo sia radicalmente mutata, anche rispetto all'esercizio degli ordinari poteri di interpretazione sistematica (e conforme a Costituzione). Come a dire – sotto il profilo anche psicologico – che il giudice ben può essersi da allora sentito autorizzato a “spingersi in avanti” nel suo già riconosciuto compito di tentare in ogni modo di ricavare dai testi soluzioni conformi a Costituzione.

##### *5. Oltre il rapporto Corte costituzionale-giudici. L'interpretazione conforme a Costituzione “proposta” dal Presidente della Repubblica*

Qualche riflessione conclusiva vorrei dedicare al possibile impiego dell'interpretazione conforme a Costituzione nell'esercizio dei poteri del Presidente della Repubblica in sede di esame delle leggi e degli atti aventi forza di legge finalizzato alla relativa promulgazione o emanazione. Com'è noto, a partire dalla Presidenza Ciampi, si è in tal ambito introdotta la prassi delle motivazioni “con riserva”, nel convincimento che l'esercizio del potere di rinvio o il successivo rifiuto di promulgazione o emanazione possa avvenire solo in caso di palese contrasto con la Costituzione dell'atto sottoposto al vaglio presidenziale. Ma questa prassi sembra aver subito un'interessante evoluzione per il nostro tema nel corso della Presidenza Mattarella.

Vorrei in particolare ricordare le lettere inviate dal Presidente Mattarella in occasione della emanazione del c.d. decreto sicurezza<sup>38</sup> e della promulgazione della legge di conversione del c.d. decreto sicurezza bis<sup>39</sup>.

Nella lettera del 4 ottobre 2018, indirizzata al Presidente del Consiglio dei Ministri, il Prof. Mattarella ha avvertito «l'obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano “fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato”, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti

---

<sup>38</sup> Si tratta del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, poi convertito nella l. 1° dicembre 2018, n. 132, *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*.

<sup>39</sup> Si tratta della l. 8 agosto 2019, n. 77, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica*.

dall'Italia»<sup>40</sup>. Mi è sembrato un chiaro invito – se si vuole un suggerimento interpretativo – a guardare alle disposizioni del decreto-legge come non preclusive di una lettura giurisprudenziale che ammetta, in particolare, forme di protezione umanitaria non previste espressamente, in quanto l'art. 10, comma 3, Cost. ha carattere precettivo ed è immediatamente operativo, delineando con sufficiente chiarezza la fattispecie che fa sorgere il diritto d'asilo.

Nella seconda occasione, la lettera è stata inviata anche ai Presidenti del Senato e della Camera dei Deputati, in quanto adottata in sede di promulgazione della legge di conversione di un decreto-legge (c.d. decreto sicurezza-*bis*)<sup>41</sup>. In questo caso i rilievi sono stati più articolati e hanno riguardato la sproporzione delle sanzioni amministrative previste per i salvataggi in mare, con seri dubbi sulla loro ragionevolezza e conformità agli obblighi internazionali, nonché la previsione che mira a rendere inapplicabile la causa di non punibilità per la “particolare tenuità del fatto” alle ipotesi di resistenza, violenza e minaccia a pubblico ufficiale e oltraggio a pubblico ufficiale “quando il reato è commesso nei confronti di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni”. Nei rilievi può sicuramente cogliersi uno stringente monito rivolto a Parlamento e Governo affinché intervengano sulla disciplina in questione, ma anche, probabilmente, una sollecitazione ai giudici affinché sollevino questioni di costituzionalità, anche per ripristinare – con riguardo al primo dei due aspetti trattati – «la necessaria proporzionalità tra sanzioni e comportamenti» (significativa al riguardo la menzione della [sent. n. 112 del 2019](#) della Corte costituzionale).

Si potrebbe dire che, diversamente dalla prima vicenda, in quest'ultimo caso il testo normativo esaminato presenti una resistenza insuperabile a essere letto in modo conforme a Costituzione, con la conseguente scelta di indirizzare un puntuale monito a Parlamento e Governo affinché esercitino la funzione legislativa nella direzione della rimozione dei potenziali, puntualmente individuati, effetti incostituzionali della nuova normativa, senza che ciò escluda, come già scritto, la possibilità di un intervento “sostitutivo” della Corte costituzionale all'uopo sollecitata da un giudice. Nel primo caso, viceversa, il Presidente della Repubblica pare muoversi proprio nella logica dell'interpretazione conforme a Costituzione, ritenendo che il testo normativo esaminato debba essere letto sistematicamente e che il mancato richiamo agli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato non osti alla loro piena operatività, la quale dovrà essere presumibilmente assicurata dai giudici senza necessità di coinvolgere al riguardo la Corte costituzionale. Il che non vuol dire – per riprendere le considerazioni iniziali – che il giudice debba in tal caso necessariamente “fare da sé”, potendo nella specie ritenere l'interpretazione conforme non praticabile, ravvisando motivati ostacoli al raggiungimento di un esito ermeneutico costituzionalmente compatibile<sup>42</sup>. E la risposta della Corte – alla luce del descritto nuovo corso giurisprudenziale – dovrebbe essere espressa nel merito, ben potendo assumere la forma di una sentenza interpretativa di rigetto che confermi il suggerimento interpretativo del Presidente della Repubblica, ove appunto ritenga praticabile la soluzione scartata dal giudice, in virtù di una lettura sistematica e conforme a Costituzione della nuova disciplina.

In questo senso e in questi limiti mi sembra che anche il Presidente della Repubblica possa partecipare proficuamente a quel processo di elaborazione di soluzioni ermeneutiche conformi a Costituzione, che dovrebbe guidare il giudice nella delicata fase della decisione ossia dell'interpretazione dei testi normativi in funzione della loro applicazione.

---

<sup>40</sup> La lettera è reperibile sul [sito della Presidenza della Repubblica](#).

<sup>41</sup> La lettera dell'8 agosto 2019 è reperibile sul [sito della Presidenza della Repubblica](#).

<sup>42</sup> La stessa Corte costituzionale ha di recente affermato, in occasione di una questione introdotta in via principale, che «la doverosa applicazione del dato legislativo in conformità agli obblighi costituzionali e internazionali potrebbe rivelare che il paventato effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili» ([sent. n. 194 del 2019](#)). Insomma, come sembra desumersi dalla “lettera” del Presidente della Repubblica, puntualmente citata dalla Corte, gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati, potrebbero indurre a un'interpretazione e applicazione conforme a Costituzione della nuova disciplina. Ove questa soluzione ermeneutica apparisse al giudice difficile o improbabile, la Corte potrebbe essere adita in via incidentale, «restando impregiudicata – all'esito della [pronuncia n. 194 del 2019](#) – ogni ulteriore valutazione di legittimità costituzionale della disciplina specificamente censurata.

Antonio Ruggeri

## La “specializzazione” dell’autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte

SOMMARIO: 1. Il duplice errore, di metodo e di merito, compiuto da quanti vedono solo il lato oscuro del volto della “specializzazione”, si da augurarsi che il disposto costituzionale che la prevede resti disattivato. – 2. La questione preliminare di ordine teorico: com’è possibile immaginare la “regionalizzazione” di funzioni riguardanti, in tesi, interessi costituzionalmente qualificati come nazionali? – 3. I (pochi) punti fermi fissati nel dettato costituzionale (con specifico riguardo al mantenimento del regime duale di autonomia, nelle sue articolazioni in *speciale* e *ordinaria*, seppur *specializzabile*, ed alla impossibilità di estendere a tappeto, con le procedure dell’art. 116, la “specializzazione” per l’intero territorio della Repubblica). – 4. Le (molte) questioni aperte, per il profilo procedimentale (con particolare riguardo alla emendabilità del disegno di legge che recepisce l’intesa ed alla eventuale rescissione unilaterale di quest’ultima). – 5. Le questioni di sostanza, a partire da quella relativa al criterio con cui individuare le funzioni suscettibili di regionalizzazione, ai necessari controlli relativi all’esercizio delle loro funzioni, e il bisogno che l’intesa esibisca duttilità di struttura e presenti carattere sperimentale, si da potersi agevolmente rimettere a punto alla luce dell’impatto avuto nell’esperienza. – 6. I nodi non sciolti di ordine politico-istituzionale, con riguardo ai riflessi della “specializzazione” per le restanti Regioni di diritto comune, nonché in merito agli equilibri caratterizzanti la forma di governo, in ambito regionale come pure in ambito statale. – 7. Quali gli effetti della “specializzazione” per l’autonomia delle Regioni speciali?

*1. Il duplice errore, di metodo e di merito, compiuto da quanti vedono solo il lato oscuro del volto della “specializzazione”, si da augurarsi che il disposto costituzionale che la prevede resti disattivato*

Forse nessun disposto costituzionale è stato fatto oggetto negli ultimi tempi di una messe così copiosa di commenti quali quelli riversatisi sul terzo comma dell’art. 116 Cost.; e se ne capisce la ragione, dal momento che l’enunciato esibisce una formidabile duttilità strutturale aprendosi a plurimi e persino opposti esiti teorico-ricostruttivi ed applicativi, per un verso disponendosi ad utilizzi serventi la causa dell’autonomia e, allo stesso tempo, idonei a salvaguardare l’unità-indivisibilità della Repubblica<sup>1</sup>, mentre, per un altro verso, si presta, laddove non se ne faccia un uso vigilato ed accorto, a produrre effetti dirompenti<sup>2</sup>. La letteratura corrente, che a ritmi incalzanti viene ormai pressoché quotidianamente alla luce, si sente fortemente attratta proprio dal secondo corno,

<sup>1</sup> Si è in altri luoghi tentato di argomentare la tesi secondo cui autonomia ed unità non vanno visti quali valori distinti o, peggio, contrapposti e pronti a farsi una guerra ininterrotta e senza risparmio di colpi; vanno, di contro, visti quali le due facce di un unico valore, internamente composito, che è quello della promozione, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto, dell’autonomia *nella* unità-indivisibilità dell’ordinamento, ovvero – se altrimenti piace dire – quello della salvaguardia della unità *attraverso* la promozione dell’autonomia. Secondo modello, dunque, occorre risolutamente puntare al congiunto e, fin dove possibile, ottimale appagamento di entrambi i profili di cui si compone il valore mirabilmente rappresentato nell’art. 5 della Carta.

<sup>2</sup> Il rischio dell’“eversione” è paventato da più autori, tra i quali R. BIN, *L’insostenibile leggerezza dell’autonomia “differenziata”: allegramente verso l’eversione*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 16 marzo 2019; G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi? Autonomie regionali e unità nazionale*, Laterza, Roma-Bari 2019; M. VILLONE, *Italia, divisa e diseguale. Regionalismo differenziato o secessione occulta?*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, e, dello stesso, *Riforme e controriforme in gialloverde*, in [Diritto pubblico europeo Rassegna online](#), num. spec. 2/2019, 72 ss., spec. 78 ss.; pure *ivi*, altri riferimenti in A. LUCARELLI, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, 2 ss., spec. 7, che si dichiara dell’idea che il processo di “specializzazione” in corso porterebbe all’avvento di uno Stato federale con legge ordinaria, concludendo dunque che l’art. 116, comma 3, “in quanto tale, è una norma asimmetrica e dissonante rispetto ai principi della Repubblica e allo stesso regime delle competenze, così come operante all’interno della nostra forma di Stato e di Governo” (16); nella stessa [Rivista](#), v., inoltre, A. MORELLI, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell’autonomia territoriale*, 18 ss., e, ancora, C. IANNELLO, *La piena sovranità del Parlamento nella determinazione dei contenuti e dei limiti dell’autonomia differenziata*, in [Diritti Regionali](#), 3/2019, 20 settembre 2019. Emblematico, poi, al riguardo il titolo di recente dato da un sensibile studioso ad una sua riflessione sul tema: v., dunque, A. SPADARO, *Appunti sul “regionalismo differenziato”: una buona idea che può diventare un disastro*, in [Federalismi.it](#), 19/2019, 16 ottobre 2019.

preoccupata di mettere in risalto il carattere di norma-grimaldello posseduto dal disposto in parola, potenzialmente idoneo a scardinare la porta della cittadella statale, fino al punto di mettere a rischio la tenuta stessa dell'ordinamento.

Si spiega in questa luce la non celata avversione di un largo schieramento di studiosi che vorrebbero puramente e semplicemente *disattivato* il meccanismo predisposto dalla Carta, nel timore che possano aversene effetti gravemente penalizzanti specie per le Regioni centro-meridionali e per le comunità stanziate sui relativi territori. Viene, però, in tal modo, commesso un duplice errore, di metodo e di merito.

Per il primo aspetto, si riproduce, in forme diverse, lo stesso vizio in cui incappano studiosi ed operatori che, non gradendo quanto sta scritto in questo o quell'enunciato della Carta, fanno scientemente luogo a letture correttive e manipolative in genere, abilmente mascherate attraverso un uso sapiente e raffinato delle tecniche interpretative. Qui, a fronte di un dettato giudicato "sbagliato", si invita puramente e semplicemente a lasciarlo cadere di fatto, a lasciarlo appunto sulla Carta, laddove il percorso più giusto, lineare, sarebbe quello di rimuoverlo o, quanto meno, di correggerlo, sì da mettere la unità-indivisibilità della Repubblica al riparo dai rischi ai quali si trova esposta per il modo con cui l'enunciato in parola risulta formulato<sup>3</sup>. Insomma, anziché battere la via piana della revisione costituzionale, a mezzo delle procedure per la stessa stabilite<sup>4</sup>, si consiglia di far luogo ad un sostanziale svuotamento del disposto costituzionale, senza avvedersi – a quanto pare – di come un orientamento siffatto concorra esso pure, al pari di quello delle modifiche tacite per via d'interpretazione, alla sostanziale devitalizzazione normativa della Costituzione, già oggi gravemente esposta davanti a regolarità della politica devianti dal solco costituzionale<sup>5</sup>.

Quanto, poi, al merito, l'enunciato in parola, pur non immune da difetti anche non lievi di formulazione, peraltro ampiamente rilevati dalla dottrina più avveduta<sup>6</sup>, non merita, a mio modo di vedere, quel severo giudizio di condanna che è nei suoi riguardi manifestato da molti studiosi; semmai, come si anticipava poc'anzi, può apparire persino troppo cauto e reticente.

Obiettivo specifico delle notazioni che, con la massima rapidità, ora si faranno è di spiegarne le ragioni.

## *2. La questione preliminare di ordine teorico: com'è possibile immaginare la "regionalizzazione" di funzioni riguardanti, in tesi, interessi costituzionalmente qualificati come nazionali?*

Una preliminare questione che va presa di petto e che appare di speciale rilievo teorico è quella, a mia opinione ad oggi insoddisfacentemente risolta, relativa alla stessa previsione del meccanismo di

---

<sup>3</sup> Si vedrà a breve che anch'io, che pure non esprimo un giudizio di condanna nei riguardi del dettato costituzionale, semmai giudicandolo eccessivamente timido e complessivamente compromissorio, sono dell'idea che esso vada integrato in un punto, quanto meno a restare all'interno della "logica" della "specializzazione" dell'autonomia così come da esso fatta propria.

<sup>4</sup> In via di mera ipotesi, si potrebbe anche immaginare che sia battuta la via che porta all'annullamento del disposto in parola, in quanto frutto non già della mano del Costituente bensì di un atto di potere costituito, come tale assoggettabile a sindacato di costituzionalità; ma, come dirò meglio più avanti, in disparte la questione che non si capisce chi mai possa attivarsi per la via incidentale (la sola ormai percorribile) attivarsi in tal senso, è appunto una ipotesi meramente astratta, dal momento che la Consulta, al di là della disponibilità più volte dichiarata a sottoporre a giudizio le leggi di forma costituzionale, si astiene dal far luogo alla loro caducazione.

<sup>5</sup> Ho avvertito più volte il bisogno di segnalare questo rischio (ad es., nel mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 415 ss., nonché in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2018, 20 giugno 2018).

<sup>6</sup> Tra gli altri, A. MORELLI, *sub art. 116*, in AA.VV., *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo, II. Parte II – Ordinamento della Repubblica (Artt. 55-139) e Disposizioni transitorie e finali*, Il Mulino, Bologna 2018, 325 s., spec. 329, cui si richiama anche G. PICCIRILLI, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in [Diritti Regionali](#), 2/2018, 21 aprile 2018, 6 in nt. 4.

“specializzazione”<sup>7</sup>, specie per ciò che concerne le materie sin qui riservate allo Stato sulle quali può esercitarsi<sup>8</sup>. Il loro inserimento nel secondo comma dell’art. 117 può infatti avere una sola giustificazione: che ad esse afferiscano interessi in tesi non frazionabili sul territorio e, perciò, bisognosi di essere fatti oggetto di esclusiva disciplina da parte dello Stato stesso, non spiegandosi altrimenti, alla luce del valore che vuole promossa l’autonomia e portata al suo massimo grado di realizzazione alle condizioni oggettive di contesto, il trattenimento degli interessi (e, perciò, delle competenze che li riguardano) in capo allo Stato. Ma, se le cose stanno così, non si capisce come sia possibile la regionalizzazione delle materie in parola, ferma restando la natura “nazionale” degli interessi suddetti (quanto meno per le Regioni che non chiedono ovvero non ottengono la “specializzazione” della loro autonomia). È, però, evidente che qui s’immagina il sempre possibile mutamento della natura stessa, accertato da un patto tra Stato e Regione, senza che peraltro ne siano chiare le cause, quali gli indici o i parametri alla cui luce possa aversene il riscontro, e, soprattutto, perché mai siffatta conversione di natura valga per una o più Regioni e non per altre.

Rimane, tuttavia, insoluto il quesito di fondo: se la natura degli interessi, che sta a base del riparto delle materie, è opera della Costituzione (e, a seguire, delle leggi di revisione costituzionale) come può ammettersi che un patto politico possa successivamente disporre? La circostanza per cui si dà una esplicita autorizzazione in tal senso dalla stessa Carta non supera bensì aggira l’ostacolo, dal momento che gli interessi *devono* restare demandati alla cura del solo ente in grado di prendersela. In ogni caso, mi parrebbe indiscutibile che il patto in parola non possa far luogo all’affidamento della cura stessa in modo insindacabile: nessun atto di potere costituito, foss’anche una legge costituzionale, si sottrae infatti al suo eventuale assoggettamento a sindacato (qui, *sub specie* della ragionevolezza, nella sua forma particolarmente espressiva della congruità delle norme, a un tempo, agli interessi ed ai valori positivizzati di riferimento).

E ancora. Una volta ammesso, in tesi, che gli interessi possano cambiare pelle, convertendosi da nazionali in regionali<sup>9</sup>, qualora il processo di conversione siffatta dovesse considerarsi ormai pervenuto alla sua naturale e compiuta maturazione, più che possibile od eventuale sarebbe *doveroso* far luogo al transito delle relative materie dallo Stato alle Regioni (e – parrebbe logico immaginare – a *tutte* nella identica misura), anche se – è banale dover rammentare – contro le omissioni assolute non v’è poi, a conti fatti, rimedio che valga. In siffatto scenario, sarebbe dunque obbligato lo scivolamento delle materie dall’area del secondo a quella del terzo comma dell’art. 117 o, addirittura, a quella del quarto comma, come pure a quest’ultimo dovrebbero rifluire le materie di cui all’attuale terzo comma. Ed è chiaro che, ove ciò si consideri valevole per tutte le Regioni di diritto comune e

---

<sup>7</sup> Prediligo il termine che figura già nel titolo dato a questa mia riflessione e che riprendo da studi anteriori, al posto di altri, quale quello di “differenziazione”, prescelto da altri studiosi, intendendo così mettere in rilievo la peculiare condizione in cui versano le Regioni che si avvalgono dell’opportunità loro offerta dall’art. 116, comma 3, Cost., distinguendola da quella delle Regioni speciali, la cui autonomia – come si sa – è tradizionalmente qualificata come “differenziata”.

<sup>8</sup> Con i dovuti adattamenti, il discorso è però valevole anche con riguardo alla conversione delle materie di potestà concorrente in materie “residuali”, venendo di conseguenza meno il fatto in sé della “concorrenza” e, dunque, il vincolo della osservanza dei principi fondamentali stabiliti o, come che sia, desumibili dalle leggi dello Stato (non si nasconde gli inconvenienti legati allo svuotamento del “contenitore” di cui all’art. 117, comma 3, per le Regioni “specializzate” F. BALSAMO, *Regionalismo differenziato e libertà religiosa*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 18/2019, 2 ottobre 2019, spec. § 4). È pur vero, tuttavia, che – come ha opportunamente rammentato una sensibile dottrina [G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell’art. 116, comma 3, Cost.*, in [Osservatorio sulle fonti](http://Osservatorio.sullefonti.it), 2/2019, 14] – permane pur sempre il ruolo unificante delle competenze “trasversali” dello Stato, a partire da quella relativa alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti. Come però si viene dicendo nel testo, la questione ora discussa specificamente si pone in relazione al transito nell’area regionale delle materie in atto trattenute in capo allo Stato.

<sup>9</sup> In punto di astratto diritto potrebbe immaginarsi anche l’inverso, vale a dire la conversione di un interesse da regionale (e locale in genere) in nazionale (o sovranazionale); il verso di marcia in modo marcato tracciato nella Carta è, però, come sappiamo, discendente, dovendosi decisamente e costantemente puntare alla massima promozione dell’autonomia nella cornice dell’unità-indivisibilità dell’ordinamento. Ad ogni modo, la questione ora accennata ha specifico rilievo per ciò che concerne eventuali modifiche dell’intesa o la sua stessa rimozione, secondo quanto si vedrà meglio più avanti.

per tutte o la gran parte delle materie ad oggi di potestà ripartita, sarebbe giocoforza fare allo scopo ricorso alle procedure dell'art. 138. Quanto meno, così dovrebbe essere in punto di astratto diritto; non si dimentichi tuttavia il dato elementare, avallato da una pluridecennale giurisprudenza costituzionale, costituito dalla strutturale evanescenza concettuale delle etichette costituzionali, soggette a continua ridefinizione concettuale ed a perduranti, gravi oscillazioni<sup>10</sup>.

Queste notazioni, qui appena accennate e che meriterebbero di essere riprese in uno studio a ciò specificamente dedicato, ad ogni buon conto, seppur ritenute teoricamente interessanti, sono sterili a fronte del fatto in sé della previsione del modulo di "specializzazione", di cui all'art. 116, comma 3, Cost. Mi preme, tuttavia, qui ribadire che la regionalizzazione di alcune materie – piena o semipiena che sia<sup>11</sup> – resta pur sempre soggetta, come si diceva, a sindacato di costituzionalità. La circostanza, cioè, per cui essa sia prefigurata in Costituzione non equivale a riconoscere che le parti contraenti abbiano carta bianca e possano, dunque, fare in buona sostanza ciò che vogliono<sup>12</sup>. Di contro, la regionalizzazione in parola rimane soggetta ad un duplice controllo: esterno, in relazione alla natura degli interessi cui essa – come si è venuti dicendo – è comunque tenuta a conformarsi, ed interno, imponendosi la completezza e coerenza interna a ciascuna intesa. L'una qualità rimanda alla necessità di previsioni volte a mettere al riparo l'unità dai rischi insiti nel fatto in sé della regionalizzazione (e di questo dobbiamo ora specificamente dire); l'altra qualità attiene alla linearità interna al quadro pattiziamente definito, bisognoso di presentarsi armonico ed equilibrato in ogni sua parte. Come ciò possa concretamente aversi è questione su cui ad oggi regna non poca confusione ed incertezza.

<sup>10</sup> Cfr. sul punto i puntuali rilievi di G. FALCON, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, Editoriale a *Le Regioni*, 4/2017, 625 ss.

<sup>11</sup> Al piano delle esperienze legislative e di normazione in genere, infatti, si può immaginare – come si è appena detto – il transito delle materie in atto previste nel secondo comma nell'area della potestà ripartita (se non pure in quelle di potestà residuale), così come quelle che fanno capo al terzo comma nell'area di cui al quarto.

<sup>12</sup> Alla luce della indicazione ora data, non poche riserve sollevano le bozze d'intesa in atto messe a punto (con specifico riguardo a quelle relative al Veneto ed alla Lombardia) nella parte in cui in esse si prefigura una regionalizzazione pressoché a tappeto delle materie di cui all'art. 117, comma 3, Cost. [per un quadro di sintesi, in seno al quale le materie stesse sono state accorpate in alcuni macroambiti, v. F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» per Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna?*, in *Federalismi.it*, 6/2019, 20 marzo 2019 e, pure [ivi](#), dello stesso, ora, *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna*, 20/2019, 30 ottobre 2019. V., inoltre, C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: un tentativo di lettura alla luce dell'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 18/2018, 26 settembre 2018; L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 14 novembre 2018, 319 ss.; A. PIRAINO, *Regionalismo differenziato: attuazione o cambiamento costituzionale?*, in *Diritti Regionali*, 2/2019, 24 giugno 2019; nella stessa Rivista, A. STERPA, *La differenziazione possibile: istituire le macro-Regioni per ridisegnare la mappa della diversità*, 2/2019, 10 agosto 2019, spec. 14, che avverte del rischio di una "omogeneizzazione delle differenziate", ed E. DI CARPEGNA BRIVIO, *L'applicazione del regionalismo differenziato per la sperimentazione delle politiche pubbliche*, 3/2019, 2 ottobre 2019. Con specifico riguardo alla Lombardia, v., poi, C.B. CEFFA, *Alcune considerazioni a margine dell'esperienza della Regione Lombardia su limiti e opportunità della differenziazione come metodo*, in *Diritti Regionali*, 2/2019, 17 luglio 2019; per l'Emilia-Romagna, A. CANDIDO, *Prove di regionalismo differenziato. La richiesta della Regione Emilia-Romagna*, 3/2019, 8 settembre 2019, e per il Piemonte G. SOBRINO, *La proposta di differenziazione regionale del Piemonte e le sue motivazioni e prospettive: verso un Piemonte "più vicino" alla Valle d'Aosta? Spunti per un confronto tra il modello regionale "differenziato" piemontese e l'esperienza della specialità valdostana, con particolare riferimento alle forme di gestione dei piccoli Comuni*, 22 settembre 2019; per il Veneto, M. MANCINI, *La via veneta al regionalismo "differenziato", tra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione (costituzionale). Profili procedurali*, in *Federalismi.it*, 17/2019, 18 settembre 2019; su tutte le Regioni suddette, M. DE DONNO - P. MESSINA, *Regionalismo differenziato e ordinamento locale: le richieste di Emilia-Romagna, Veneto e Lombardia. Quale idea di autonomia regionale?*, in *Ist. fed.*, 2/2018, 471 ss. Con particolare attenzione all'istruzione ma con considerazioni di più ampio respiro, R. CALVANO, *Editoriale. Una crisi gattopardesca non allontana le prospettive dell'autonomia differenziata: i rischi in materia di istruzione*, in *Diritti Regionali*, 3/2019, 6 settembre 2019; nella stessa Rivista, per la materia dell'energia, C. PELLEGRINO, *Autonomia regionale differenziata per politiche specifiche: l'energia e la Regione Basilicata*, 3/2019, 21 ottobre 2019].

3. *I (pochi) punti fermi fissati nel dettato costituzionale (con specifico riguardo al mantenimento del regime duale di autonomia, nelle sue articolazioni in speciale e ordinaria, seppur specializzabile, ed alla impossibilità di estendere a tappeto, con le procedure dell'art. 116, la "specializzazione" per l'intero territorio della Repubblica)*

Ciò posto in premessa e con riserva di approfondimenti a breve, è doveroso riconoscere che nel dettato costituzionale, al di là di alcune sue innegabili carenze da cui si alimentano i non pochi dubbi interpretativi che esso solleva, alcuni punti fermi risultino comunque in esso fissati, per quanto, ad onor del vero, essi pure siano da più d'uno messi in discussione.

Il primo è dato dal mantenimento del regime duale dell'autonomia regionale, articolato nei due tipi della *ordinarietà* e della *specialità*. Malgrado il diverso avviso di alcuni studiosi, a cui opinione il disposto in esame avrebbe creato un nuovo "tipo" di autonomia regionale, la "specializzazione" è in esso prefigurata in seno al *genus* delle Regioni di diritto comune, le sole alle quali è data appunto la opportunità di differenziarsi in parte dalle Regioni della loro stessa natura<sup>13</sup>. D'altro canto, è di tutta evidenza che le Regioni speciali sono appunto già... *tali*, in forza di quanto dispongono i rispettivi statuti; ed è solo a mezzo della loro modifica, con le forme allo scopo previste, che possono acquisire ulteriori forme e condizioni di autonomia.

Altra questione, poi, è se abbia senso, specie nel presente contesto politico-istituzionale ed economico-sociale, assai diverso da quello in cui è maturata la stagione costituente, il mantenimento del doppio regime suddetto. Un senso che, anche a parer mio, non ha, per la elementare ragione che le condizioni complessive dei territori (e, di conseguenza, l'assetto degli interessi dagli stessi emergenti) sono assai diverse, specie con riguardo a talune Regioni, forzatamente appiattite e fatte oggetto di un identico regime<sup>14</sup>. Di qui, l'opzione, già altrove manifestata<sup>15</sup>, per un regime di *specialità diffusa* al cui impianto, tuttavia, non si è potuto far luogo per le resistenze venute da una "logica" campanilistica dura da rimuovere, che induce a pensare che anche in futuro il modello qui vagheggiato assai difficilmente potrà concretarsi<sup>16</sup>.

Un secondo punto è dato dall'essere la "specializzazione" dell'autonomia, prefigurata nel disposto in esame, per sua natura portata all'affermazione di "forme e condizioni" di autonomia almeno in parte peculiari della singola Regione "specializzata", dunque diverse tanto rispetto ad altre Regioni esse pure "differenziate" quanto rispetto a quelle di diritto comune, che seguiranno ad essere in tutto e per tutto governate dal Titolo V.

<sup>13</sup> Il punto è, per vero, discusso e la contraria opinione patrocinata da un'agguerrita dottrina (G. PASTORI, *La nuova specialità*, in *Le Regioni*, 2001, 493; P. PINNA, *Il diritto costituzionale della Sardegna*, Giappichelli, Torino 2003, 135 s.; M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti 2002*, a cura di P. Caretti, Giappichelli, Torino 2003, 143 ss., e D. GALLIANI, *All'interno del Titolo V: le "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" di cui all'art. 116.3 Cost. riguardano anche le Regioni a Statuto speciale?*, in *Le Regioni*, 2-3/2003, 419 ss.; altri riferimenti, di recente, in O. CARAMASCHI, *Dalla specialità regionale alla differenziazione ex art. 116, terzo comma, Cost.: verso un sistema regionale asimmetrico?*, in [Diritti Regionali](#), 2/2019, 6 agosto 2019, §§ 2 e 3, e, nella stessa *Rivista*, T. CERRUTI, *Regioni speciali e differenziate: verso una convergenza?*, 24 agosto 2019, spec. § 2), ma la lettera del disposto costituzionale non lascia – a me pare – scampo circa la soluzione qui nuovamente patrocinata, a favore della quale mi sono già dichiarato nel mio *La "specializzazione" dell'autonomia regionale: se, come e nei riguardi di chi farvi luogo*, in *Ist. fed.*, 1/2008, 21 ss., nonché in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), § 3; v., inoltre, ora, T. MARTINES - A. RUGGERI - C. SALAZAR - A. MORELLI, *Lineamenti di diritto regionale*<sup>10</sup>, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019, 24.

<sup>14</sup> Sull'asimmetria quale tratto caratterizzante modelli ed esperienze degli Stati composti, v., di recente, i contributi che sono in *Ist. fed.*, 2/2018, in tema di *Asimmetrie e conflitti territoriali nel quadro dell'integrazione europea*; inoltre, F. PALERMO, *Lo stato delle asimmetrie regionali in chiave comparata. Miti, realtà e qualche chiave di lettura*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2/2018 (fasc. dedicato a *Europa, federalismo, diversità, asimmetrie*, a cura di R.L. Blanco Valdés e L. Ferraro), 291 ss. Sulla cultura dell'autonomia, v., poi, AA.VV., *La cultura dell'autonomia. Le condizioni pre-giuridiche per un'efficace autonomia regionale*, a cura di R. Toniatti, Università di Trento, Trento 2018.

<sup>15</sup> Raguagli nel mio *Prospettive di una "specialità" diffusa delle autonomie regionali*, in *Nuove aut.*, 6/2000, 845 ss.

<sup>16</sup> ... perlomeno nella sua forma pura; potrebbe, tuttavia, accadere che, ove il meccanismo di cui all'art. 116, comma 3, Cost., dovesse farsi valere per tutte le Regioni ordinarie, il regime comune nei fatti scompaia e venga dunque rimpiazzato da un anomalo regime di "specializzazione" diffusa (v., infatti, quanto se ne dice subito appresso).

È proprio qui che, invero, si annida il rischio che il disposto dell'art. 116, fatto oggetto di una innaturale torsione, si traduca in un grimaldello suscettibile di far “saltare” il modello costituzionale, per plurime e persino opposte ragioni.

Così, per un verso, potrebbe assistersi all'adozione di intese sostanzialmente ripetitive che portino ad una modifica *di fatto* del Titolo V, in frode alle procedure di cui all'art. 138. Se questa eventualità dovesse concretarsi, sarebbe da prendere in considerazione l'ipotesi che si abbia un'intesa “collettiva”, sottoscritta da più Regioni con lo Stato ovvero che si abbiano grappoli d'intese sostanzialmente omogenee per l'impianto e nei contenuti<sup>17</sup>. La qual cosa, però, farebbe a pugni con il carattere peculiare e tipico di ciascuna Regione degli interessi meritevoli di tutela in ragione della complessiva conformazione dei territori. Temo, però, che in pratica nulla possa impedire che si abbiano le intese “collettive” in parola, per quanto la lettera del disposto costituzionale si riferisca a singole Regioni<sup>18</sup>; e, d'altronde, potrebbe in ogni caso assistersi alla venuta alla luce d'intese in larga misura reciprocamente sovrapponibili.

Per un altro verso, poi, il modello costituzionale potrebbe risultare ugualmente aggirato anche nel caso che si avessero nuovi regimi di autonomia tutti diversi, sia pure nei limiti consentiti dall'art. 116, l'uno dall'altro e diffusi a tappeto per l'intero territorio della Repubblica in cui sono stanziate le Regioni di diritto comune<sup>19</sup>.

La specializzazione è, infatti, un'opportunità offerta a *tutte* le Regioni di diritto comune; e sarebbe, anzi, una buona cosa se tutte se ne avvalessero, a partire da quelle meridionali che non devono aver paura di dotarsi di “forme e condizioni particolari” di autonomia, congeniali a ciascuna di esse<sup>20</sup>. Solo che è insito nel disegno costituzionale il fatto che ci si “specializzi” rispetto al regime comune, mantenuto – come dice lo stesso aggettivo con cui è usualmente qualificato – per la gran parte delle Regioni. Dunque, per l'idea che sembra essersi fatto l'autore dell'enunciato in parola, la “specializzazione” dovrebbe riguardare solo *alcune* e tendenzialmente *poche* Regioni<sup>21</sup>: se non porsì, insomma, quale una *eccezione* (in senso proprio), di certo non dovrebbe risultare la *regola*<sup>22</sup>.

È però chiaro che è praticamente impossibile (ed anzi, come si è venuti dicendo, non auspicabile) impedire la “specializzazione” diffusa dell'autonomia, non essendo pensabile, ad es., che la Consulta (non è chiaro, poi, da chi adita) faccia cadere questa o quella legge adottata a seguito di intesa unicamente per la ragione che la procedura di differenziazione sia stata messa in atto a “tappeto” o, quanto meno, a beneficio della gran parte delle Regioni.

<sup>17</sup> In tema, v., part., A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Fed. fisc.*, 1/2007, 166 ss.; M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 6/2019, 20 marzo 2019, 30; G. CHIARA, *Il regionalismo differenziato tra attese federaliste deluse e rischi di eccessi*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](http://Forum di Quaderni Costituzionali), 6 luglio 2019, § 4; D. CASANOVA, *Osservazioni sulla procedura parlamentare di approvazione del c.d. regionalismo differenziato ex art. 116, terzo comma, Cost.*, in [Diritti Regionali](http://Diritti Regionali), 3/2019, 8 settembre 2019, 29, e M. MANCINI, *La via veneta al regionalismo “differenziato”, tra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione (costituzionale). Profili procedurali*, cit., 11 s.

<sup>18</sup> Non si dimentichi che, a stare alla lettera dell'enunciato, l'iniziativa d'intesa è riconosciuta in capo alla “Regione interessata”, dalla quale l'intesa stessa è quindi sottoscritta. Peraltro, una consultazione “collettiva”, nel senso sopra detto, degli enti locali presenti in Regioni diverse parrebbe essere di problematica realizzazione (sul punto, tra gli altri, M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., § 6.2).

<sup>19</sup> Così, di recente, A. POGGI, *Editoriale. Qualche riflessione sparsa sul regionalismo differenziato (a margine del Convegno di Torino)*, in [Diritti Regionali](http://Diritti Regionali), 2/2019, 1 aprile 2019, 6 s., e R. BALDUZZI - D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in [Rivista AIC](http://Rivista AIC), 2/2019, 17 aprile 2019, 4.

<sup>20</sup> Molte di esse, peraltro, si sono finalmente attivate in tal senso (per un quadro d'insieme, v. il *Dossier* del Servizio studi del Senato, n. 104 del marzo 2019, su *Il processo di attuazione del regionalismo differenziato*, a cura di L. Fucito e M. Frati).

<sup>21</sup> Interessanti rilievi al riguardo in F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, 4/2017, 689 ss. e, ora, A. SPADARO, *Appunti sul “regionalismo differenziato”: una buona idea che può diventare un disastro*, cit., § 8.

<sup>22</sup> Tornerebbe, allora, a riproporsi l'interrogativo di fondo relativo a quale possa essere il fattore determinante la conversione di natura degli interessi meritevoli di tutela unicamente a beneficio di alcune Regioni.



Il vero è che l'acclarata diversità dei territori di cui si compone la Repubblica avrebbe piuttosto richiesto – come si diceva –, in primo luogo, una diversa distribuzione degli stessi tra le Regioni<sup>23</sup> e, secondariamente, per logica conseguenza, avrebbe sollecitato l'impianto di quel regime di specialità diffusa, cui si faceva sopra cenno, ma non con le procedure di cui all'art. 116, comma 3, Cost., bensì a mezzo di statuti speciali, sulla falsariga di quanto stabilito per le attuali cinque Regioni che ne sono dotate<sup>24</sup>.

*4. Le (molte) questioni aperte, per il profilo procedimentale (con particolare riguardo alla emendabilità del disegno di legge che recepisce l'intesa ed alla eventuale rescissione unilaterale di quest'ultima)*

Di gran lunga maggiori – come segnalo già nel titolo dato a questa mia succinta riflessione – le questioni aperte dal disposto costituzionale in esame.

Per un fatto di ordine, le espongo distinguendo – come, peraltro, si è soliti fare – quelle che attengono alla procedura da quelle di sostanza, con l'avvertenza però che la distinzione può farsi solo fino ad un certo punto, a partire dal quale le prime scivolano e si convertono nelle seconde o, come che sia, fanno a queste rimando.

Non faccio qui parola delle non poche questioni riguardanti la fase endoregionale, la cui disciplina resta demandata alle fonti di autonomia, chiamate a far luogo a scelte di estrema delicatezza, specie per gli equilibri di ordine politico-istituzionale da esse discendenti o ad esse comunque in rilevante misura legati. La “forma di governo” e la stessa “forma di Regione” – per riprendere qui usuali etichette, che nondimeno meriterebbero un complessivo, critico ripensamento – risultano, di tutta evidenza, condizionate nel loro modo di essere e nel concreto svolgimento nell'esperienza per il solo fatto che il patrimonio funzionale della Regione si riconformi in un certo modo piuttosto che in un altro e in questa o quella misura.

Gli effetti delle soluzioni organizzative adottate possono, poi, riflettersi a raggiera, coinvolgendo anche gli enti locali stanziati nel territorio della Regione, sol che si pensi che la loro consultazione, prevista a pena d'invalidità della procedura delineata in Costituzione<sup>25</sup>, potrebbe aversi in questo ovvero quel tratto del percorso disegnato nell'art. 116 e con riguardo a questo o quell'oggetto (la bozza d'intesa già bell'e fatta o una sorta di “pre-bozza”?)<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Sull'annosa questione, tra gli altri, A. LUCARELLI, *Le Macroregioni “per funzioni” nell'intreccio multilivello del nuovo tipo di Stato*, in [Federalismi.it](#), 6/2015, 25 marzo 2015 e, nella stessa *Rivista*, più di recente, O. SPATARO, *Crisi del regionalismo e macroregioni. Spunti di riflessione*, 6/2018, 14 marzo 2018; A. POGGI, *Tra territorio e spazio... qualche riflessione*, in [Diritti Regionali](#), 3/2018, 28 dicembre 2018, e A. STERPA, *La differenziazione possibile: istituire le macro-Regioni per ridisegnare la mappa della diversità*, cit., spec. § 3.

<sup>24</sup> Anche, poi, per ciò che concerne la venuta alla luce delle leggi costituzionali di approvazione degli statuti in parola sarebbe urgente una riscrittura delle regole relative alla loro formazione, in vista di un più appagante equilibrio tra le istanze di autonomia e quelle di unità (sul punto, se si vuole, può vedersi il mio *Note minime a margine di una proposta volta a convertire il “parere” in “intesa” nelle procedure di revisione, d'iniziativa governativa o parlamentare, degli statuti regionali speciali: un passo avanti o uno indietro lungo la via della promozione dell'autonomia?*, in [Diritti Regionali](#), 3/2018, 11 ottobre 2018).

<sup>25</sup> ... senza che nondimeno sia chiaro in che forme potrà aversi (se, ad es., a mezzo del CAL ovvero interpellando direttamente gli enti locali e come questi ultimi potranno esprimersi). È poi opportuno rendere partecipi del processo devolutivo di funzioni anche le Conferenze [su ciò, tra gli altri, G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, cit., 18], sì da contenere (se non pure azzerare del tutto) i rischi di future e laceranti controversie tra la Regione interessata alla “specializzazione” ed altre che si sentano da questa penalizzate, con conseguente aggravio del contenzioso davanti alla Consulta, al quale farò cenno sul finire di questa riflessione.

<sup>26</sup> Molti hanno fatto notare che sarebbe opportuno lo svolgimento della consultazione su uno schema d'intesa ancora in via di perfezionamento, sì da dar modo agli enti locali di poter incidere sui suoi contenuti; è pur vero, però, che lo schema stesso potrebbe poi andare soggetto a modifiche anche in punti diversi da quelli oggetto dei rilievi degli enti suddetti, senza che questi ultimi abbiano più modo di manifestare il loro avviso [sulla consultazione in parola, v., tra gli altri e variamente, oltre allo scritto sopra richiamato di G. TARLI BARBIERI, 16 ss., S. AGOSTA, *L'infanzia «difficile»* (...]

In generale, confesso di non essere dell'idea che procedure già di per sé alquanto farraginose possano risultare viepiù complicate, ma non esito a schierarmi a favore di soluzioni organizzative che assicurino la più larga partecipazione della comunità organizzata, per un verso, e, per un altro verso, degli organi di apparato all'adozione di misure da cui dipende la consistenza stessa dell'autonomia non soltanto della Regione ma anche degli enti con i quali la stessa è chiamata a cooperare (non si dimentichi, a questo riguardo, che le funzioni che, per il tramite dell'intesa, saranno devolute alla Regione dovranno poi essere esercitate in obbedienza a quel *principium cooperationis* sia tra organi che tra enti che è canone fondamentale dell'azione dei pubblici poteri, nonché con la più larga partecipazione della comunità all'esercizio dei poteri stessi). Per questa ragione, a me pare che, pur essendo demandato lo svolgimento delle trattative precedenti la stipula dell'intesa agli esecutivi<sup>27</sup>, sarebbe sommamente opportuno il costante e fattivo coinvolgimento anche delle assemblee legislative, secondo quanto si dirà meglio a momenti con specifico riferimento al ruolo delle Camere.

Venendo, dunque, a dire specificamente della fase extraregionale, la questione di maggior rilievo, tanto da essere quella che maggiormente ha attratto l'attenzione degli studiosi, è senza dubbio quella relativa alla emendabilità dell'intesa (*rectius*, del disegno di legge che la recepisce) nella sede parlamentare.

Molti hanno insistito nel rilevare come risulti forzato, in ragione della diversità degli oggetti di regolazione, l'accostamento al *tandem* intesa-legge, di cui all'art. 8, comma 3, Cost.<sup>28</sup>. La qual cosa

---

*ed un'incerta adolescenza?) del nuovo art. 116, comma 3, Cost. tra proposte (sempre più pressanti) di revisione costituzionale ed esigenze (sempre più sentite) di partecipazione regionale alla riscrittura del quadro costituzionale delle competenze, in AA.VV., La riforma del titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale, a cura di E. Bettinelli e F. Rigano, Giappichelli, Torino 2004, 329 ss.; A. MORRONE, Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione, cit., 170 ss.; F. FURLAN, Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 6 novembre 2018, § 3.3; M. OLIVETTI, Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare, cit., § 7; M. MANCINI, La via veneta al regionalismo "differenziato", tra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione (costituzionale). Profili procedurali, cit., 19 ss., e, ora, R. CARIDÀ, Notazioni sulla portata applicativa dell'art. 116 della Costituzione e funzioni amministrative, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019, 15 ottobre 2019, spec. § 2.*

<sup>27</sup> Considero questo uno dei punti fermi, dei quali si è prima discusso, anche se in dottrina è stata prospettata la tesi favorevole allo svolgimento delle trattative da parte delle assemblee elettive (v., part., O. CHESSA, *Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico*, in [Diritto @ Storia](#), 15/2017, § 5. Anche A. SPADARO, *Appunti sul "regionalismo differenziato": una buona idea che può diventare un disastro*, cit., § 7, si prefigura ora il caso che sia la Regione a stabilire se demandare alla Giunta o al Consiglio di condurre le trattative; ed è chiaro – a me pare – che, ove sia chiamato in campo quest'ultimo, anche la controparte dovrebbe essere data dal Parlamento. Non mi sembra tuttavia ragionevole che lo Stato debba allinearsi alla scelta della Regione. Favorevole alla soluzione che vuole le trattative condotte dagli esecutivi, *ex plurimis*, M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., § 8). D'altronde, per un verso, si fatica a comprendere come possano materialmente svolgersi le trattative stesse nella sede parlamentare, mentre, per un altro verso, la tesi qui patrocinata ha avuto pieno riscontro nell'esperienza fino ad oggi maturata.

La circostanza, poi, che l'intesa venga alla luce per mano degli esecutivi dà, per la sua parte, ulteriore conferma del fatto che a riguardo della iniziativa, di cui è parola nell'art. 116, si debba tenere distinta – come si è già in altri luoghi prospettato [tra i quali, il mio *La "specializzazione" dell'autonomia regionale: se, come e nei riguardi di chi farvi luogo*, cit., 34; v., inoltre, S. AGOSTA, *L'infanzia «difficile» (... ed un'incerta adolescenza?) del nuovo art. 116, comma 3, Cost. tra proposte (sempre più pressanti) di revisione costituzionale ed esigenze (sempre più sentite) di partecipazione regionale alla riscrittura del quadro costituzionale delle competenze*, cit., 328] – l'iniziativa d'intesa, che di certo esclusivamente compete alla Regione, dall'iniziativa legislativa (nella sua propria e ristretta accezione) che è da considerare riservata al Governo, mentre solo in via sussidiaria, in caso di perdurante inerzia del Governo stesso, potrebbe ammettersene l'esercizio da parte della Regione interessata (sarebbe, dunque, da escludere, malgrado il silenzio dell'art. 116 possa far pensare diversamente, l'esercizio da parte degli altri soggetti od organi titolari del diritto d'iniziativa che, a tacer d'altro, non dispongono dell'intesa e non possono perciò presentarla alle Camere). È, ad ogni buon conto, chiaro che solo il Governo può farsi garante davanti alla maggioranza che lo sostiene ed all'intero Parlamento del patto siglato con la Regione. Ed è sempre per questa ragione che il disegno di legge di ricezione dell'intesa è, in buona sostanza, da considerare sorretto da una questione di fiducia implicita o di fatto, se non pure *de iure* (ma su ciò, *infra*).

<sup>28</sup> Richiamo qui solo un appello sottoscritto da numerosi costituzionalisti, che può vedersi in [Federalismi.it](#), 5/2019, 6 marzo 2019, sotto il titolo *Regionalismo differenziato, ruolo del Parlamento e unità del Paese*, nel quale si prende risolutamente posizione a favore della emendabilità nella sede parlamentare del disegno di legge che dà seguito all'intesa. Non si trascuri, ad ogni buon conto, la circostanza per cui l'accostamento con le procedure relative alle intese con le

è di tutta evidenza<sup>29</sup>. Il disposto da ultimo richiamato, peraltro, pone problemi peculiari anche per l'aspetto dei soggetti stipulanti<sup>30</sup>, specie laddove dovesse accogliersi il punto di vista di un'accreditata dottrina favorevole a riconoscere in capo alle intese natura di accordi di diritto esterno, sulla falsariga dei Concordati con la Chiesa<sup>31</sup>.

Senza ora insistere oltre modo su un confronto che rischia di rivelarsi fuorviante, sta di fatto che, malgrado gli sforzi argomentativi prodotti da una nutrita schiera di studiosi favorevole a riconoscere alle Camere la facoltà di emendamento in parola<sup>32</sup>, nessun appiglio testuale offre l'art. 116 a sostegno

---

confessioni religiose figura esplicitamente negli "accordi preliminari" siglati in vista della stipula delle intese qui fatte oggetto di studio (G. PICCIRILLI, *Gli "Accordi preliminari" per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l'attuazione dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, cit., e A. NAPOLITANO, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 21/2018, 7 novembre 2018, 37). Su tutto ciò, ora, F. BALSAMO, *Regionalismo differenziato e libertà religiosa*, cit.

<sup>29</sup> Fa ora il punto sull'autonomia delle confessioni religiose diverse dalla cattolica e sul modulo pattizio di cui all'art. 8, comma 3, Cost., A. MORELLI, *L'autonomia delle confessioni religiose tra legislazione e giurisdizione*, relaz. al Convegno su *Ripensare o "rinnovare" le formazioni sociali? Legislatori e giudici di fronte alle sfide del pluralismo sociale nelle democrazie contemporanee*, a cura di A. Ciancio, Catania 24-25 maggio 2019, in *paper*.

<sup>30</sup> La differenza rispetto al caso nostro è lampante già per il fatto che il Governo non potrebbe, in alcun caso, rifiutarsi di sedere al tavolo delle trattative, così come invece si è avuto in base ad una discussa (e discutibile) pronunzia della Consulta, la n. 52 del 2016, dal momento che le Regioni che facciano richiesta di attivazione del meccanismo di cui all'art. 116, comma 3, Cost., hanno il titolo giuridico che le abilita in tal senso riconosciuto dalla stessa Carta costituzionale, ponendosi tra i soggetti componenti la Repubblica, ex art. 114 cost. Bene invece farebbe il Governo ad opporre il diniego in parola, ove la richiesta di trattativa dovesse venire da Regione speciale, priva dell'abilitazione suddetta.

<sup>31</sup> G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Giuffrè, Milano 1974, seguito da J. PASQUALI CERIOLO, *Il progetto di legge parlamentare di approvazione delle intese con le confessioni diverse dalla cattolica: nuovi orientamenti e interessanti prospettive*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](http://Stato, Chiese e pluralismo confessionale), marzo 2010. Diversamente, per tutti, F. ALICINO, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni "altre" e degli ateismi*, Cacucci, Bari 2013.

<sup>32</sup> Riferimenti, di recente, oltre che nello scritto di F. BALSAMO, sopra cit., in L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, cit., 330 s.; T. CERRUTI, *Regioni speciali e differenziate: verso una convergenza?*, cit., spec. 15 s.; G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, cit., 18 ss.; F. BIONDI, *Il regionalismo differenziato: l'ineludibile ruolo del Parlamento*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 442 s.; G. CHIARA, *Il regionalismo differenziato tra attese federaliste deluse e rischi di eccessi*, cit., § 4; F. PALERMO, *Il ruolo dello Stato nel regionalismo asimmetrico*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 15/2019, 31 luglio 2019, spec. § 2; A. VERNATA, *Il regionalismo differenziato alla prova della Costituzione*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 2/2019, 12 ss.; A. MENCARELLI, *Il caso della legge negoziata sul "regionalismo differenziato" e il ruolo del Parlamento: i possibili scenari procedurali*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 17/2019, 18 settembre 2019; M. MANCINI, *La via veneta al regionalismo "differenziato", tra ottimismo della volontà e pessimismo della ragione (costituzionale). Profili procedurali*, cit., 25 ss.; C. IANNELLO, *La piena sovranità del Parlamento nella determinazione dei contenuti e dei limiti dell'autonomia differenziata*, cit., § 3; A. LUCARELLI, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, cit., 11 ss.; M. VILLONE, *Riforme e controriforme in gialloverde*, cit., 87 ss., e D. CASANOVA, *Osservazioni sulla procedura parlamentare di approvazione del c.d. regionalismo differenziato ex art. 116, terzo comma, Cost.*, cit., part. § 3, con richiamo alla posizione degli studiosi (part., A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit., 165) che si sono dichiarati dell'avviso che le eventuali modifiche apportate nella sede parlamentare comportino una riapertura del negoziato con la Regione (cfr., sul punto, v., inoltre, F. CORTESE, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, cit., 707 s.; R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 4/2017, 657; D. MONE, *Autonomia differenziata come mezzo di unità statale: la lettura dell'art. 116, comma 3 Cost., conforme a Costituzione*, in [Rivista AIC](http://Rivista AIC), 1/2019, 7 marzo 2019, spec. 277 ss.; B. CARAVITA, *Un doppio binario per l'approvazione del regionalismo differenziato?*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 13/2019, 22 giugno 2019, spec. § 2; A. MORELLI, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale*, cit., 25). Altro è però una direttiva politica manifestata dalle Camere al di fuori del procedimento legislativo, che può incidere sullo svolgimento delle trattative, ed altra cosa l'approvazione con questa o quella modalità del disegno che recepisce l'intesa. Questo (e solo questo) è il punto ora discusso. Quanto, poi, all'ipotesi, già ventilata in relazione alla stipula e ricezione delle intese con le confessioni religiose ed affacciata anche con riguardo al caso nostro, secondo cui nulla osterebbe a che la controparte dello Stato (qui, la Regione) possa recepire in un momento successivo gli emendamenti parlamentari al disegno di legge, si può, a mio modo di vedere, obiettare che si ribalta in tal modo l'ordine naturale delle cose, l'intesa dovendo formarsi in ogni sua parte in un momento antecedente, non già in uno successivo, a quello dell'approvazione

di questa tesi. Una tesi che, peraltro, per un verso, rischia di dimostrarsi alla prova dei fatti ingenua, specie laddove dovesse ammettersi che il disegno di legge possa andare soggetto a questione di fiducia<sup>33</sup>, e, per un altro verso, di ritorcersi in un pregiudizio per l'autonomia, sol che si convenga a riguardo del fatto che le eventuali modifiche parlamentari potrebbero poi non essere *in melius* o, comunque, realizzare una più efficace sintesi tra le istanze di autonomia e quelle di unità.

Ora, ingenerandosi incertezza circa l'esito di una procedura pur sempre lunga e defatigante, le Regioni potrebbero alla fin fine sentirsi scoraggiate dal prendere l'iniziativa volta alla "specializzazione" e, comunque, nutrire diffidenza circa la lealtà della controparte nel tenere fermo il patto siglato a Palazzo Chigi.

Appare dunque preferibile seguire un diverso percorso, che dia modo alle Camere di indirizzare al Governo un pugno di "principi e criteri direttivi" già prima dell'avvio delle trattative con la Regione<sup>34</sup> e, poi, di seguire passo passo lo svolgimento delle trattative stesse fino ad esprimere il proprio parere su una bozza d'intesa prima che sia licenziata dal Governo<sup>35</sup>.

Muovendo dal presupposto della non emendabilità dell'intesa e al fine di salvaguardare al massimo la libera formazione della volontà dei singoli parlamentari e delle assemblee nel loro insieme, si è prospettata l'ipotesi di "spacchettare" le materie oggetto di "specializzazione", in buona sostanza facendo dunque luogo a plurime intese con la stessa Regione, ciascuna avente carattere omogeneo, sì da evitare che ciascun parlamentare si trovi obbligato a soppesare le ragioni del *sì* con quelle del *no*, come verosimilmente potrebbe aversi in caso di unica intesa ad oggetto plurimo.

---

della legge che vi dà seguito. Al fine di superare questo rilievo, si è proposto (R. DICKMANN, *Note in tema di legge di attribuzione di "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia" ai sensi dell'art. 116, terzo comma, Cost.*, in [Federalismi.it](#), 5/2019, 6 marzo 2019, 16, cui si richiama anche D. CASANOVA, *op. cit.*, 21, in nt. 39) di dar modo alla Regione di partecipare attivamente ai lavori parlamentari ed esprimere, dunque, il proprio avviso (se del caso, favorevole) alle modifiche. Una soluzione che, però, può essere positivamente valutata al piano politico, non pure, a mio modo di vedere, a quello teorico-giuridico, dal momento che essa non scioglie il nodo interpretativo legato dall'art. 116.

<sup>33</sup> Ma v., su ciò, gli argomentati rilievi di M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., § 9.5, che nondimeno non si nasconde la eventualità che si abbia una questione di fiducia *di fatto*, sotto forma di dichiarazione politica. Ciò che potrebbe ugualmente esercitare una pressione non lieve sulla libera formazione della volontà dei singoli parlamentari.

<sup>34</sup> È chiaro che l'attività d'indirizzo, cui si fa ora cenno, è cosa ben diversa dalla previa adozione di una legge-quadro di attuazione dell'art. 116, la cui adozione è stata caldeggiata da molti autori e però ritenuta non necessaria da altri [riferimenti e indicazioni in F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico "esplosivo"*, in *Le Regioni*, 6/2001, 1164 ss.; A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit., 153 ss.; M. DI FOLCO, *Il regionalismo differenziato; profili problematici e proposte attuative*, in [Astrid](#), 16/2011, 21 settembre 2011, § 3; L. VIOLINI, *L'autonomia delle Regioni italiane dopo i referendum e le richieste di maggiori poteri ex art. 116, comma 3, Cost.*, cit., 324 s.; A. PIRAINO, *Regionalismo differenziato: attuazione o cambiamento costituzionale?*, cit., § 2; G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, cit., 11; F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei Sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del sistema sanitario nazionale*, in [Federalismi.it](#), 15/2019, 31 luglio 2019, § 3; C. IANNELLO, *La piena sovranità del Parlamento nella determinazione dei contenuti e dei limiti dell'autonomia differenziata*, cit., § 2, e, volendo, anche nel mio *La "specializzazione" dell'autonomia regionale: se, come e nei riguardi di chi farvi luogo*, cit., § 2.1]: una soluzione, quella della disciplina in parola, che presenta innegabili vantaggi ma comporta anche costi evidenti, a partire da quello di differire ad un tempo futuro ed incerto la stipula delle intese (ribalto – come si vede – la prospettiva adottata da L. MICHELOTTI, *A dieci anni dalla costituzionalizzazione del regionalismo asimmetrico: una mano sul freno a leva oppure un piede sull'acceleratore per l'art. 116, terzo comma, Cost.?*, in *Le Regioni*, 1/2012, 101 ss., che imputa invece i ritardi nell'attuazione dell'art. 116 proprio alla mancanza di leggi attuative, statale e regionali).

<sup>35</sup> Sulle possibili forme di coinvolgimento attivo delle Camere, tra gli altri, v. M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., § 9.3; D. CASANOVA, *Osservazioni sulla procedura parlamentare di approvazione del c.d. regionalismo differenziato ex art. 116, terzo comma, Cost.*, cit., § 4; A. MENCARELLI, *Il caso della legge negoziata sul "regionalismo differenziato" e il ruolo del Parlamento: i possibili scenari procedurali*, cit., spec. 12 ss.; G. CHIARA, *Il regionalismo differenziato tra attese federaliste deluse e rischi di eccessi*, cit., § 4; S. BARGIACCHI, *L'iter parlamentare del disegno di legge di differenziazione: tra esigenze bilaterali e la necessaria centralità del Parlamento*, in [Federalismi.it](#), 18/2019, 2 ottobre 2019, spec. § 4; A. SPADARO, *Appunti sul "regionalismo differenziato": una buona idea che può diventare un disastro*, cit., spec. § 7, punto n. 4.

È qui evidente l'influenza dell'annoso dibattito riguardante gli oggetti delle pronunzie referendarie e delle leggi di revisione costituzionale. Può, tuttavia, tornare, ancora una volta, utile l'esperienza maturata sul terreno dei rapporti con le confessioni religiose, unitamente a ragioni di economia, che portano dunque a concludere per l'ammissibilità di un'unica intesa con la singola Regione.

Problemi di grande momento si pongono, poi, in relazione alla eventuale rescissione non concordata dell'intesa, tanto per il caso che si abbia da parte dello Stato, in conseguenza dell'acclarata e ripetuta inerzia o di carenze in genere evidenziatesi in sede di esercizio delle funzioni da parte della Regione "specializzata", quanto per il caso che si abbia da parte di quest'ultima che non intenda più farsi carico di determinate funzioni.

Fermo restando che è senza dubbio preferibile uno scenario che veda rimossa o sostanzialmente cambiata l'intesa per via pattizia, occorre, comunque, guardarsi dal rischio che s'intenda l'art. 116 come espressivo di un modulo di *bilateralità necessaria*, anche per il caso dell'eventuale superamento dell'intesa, così come si è fatto da un'accreditata dottrina in relazione alle intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica. La qual cosa potrebbe portare all'effetto di una innaturale "pietrificazione" dell'intesa stessa, per il caso che la controparte non dovesse concordare sull'opportunità del superamento stesso.

È proprio qui che, come si accennava poc'anzi, si registra una lacuna di costruzione nel disegno fatto nell'art. 116, una carenza che per vero non è chiaro come possa essere colmata, in attesa di una (ad oggi improbabile) revisione del disposto in parola.

Non è chiaro, in particolare, come possa conciliarsi il bisogno di salvaguardare le aspettative di tutela di ciascuna delle parti in causa (in ispecie, del soggetto storicamente debole del rapporto, la Regione) con il bisogno di dar modo a ciascuna di esse di sciogliersi da un vincolo che potrebbe in talune congiunture rivelarsi soffocante.

Quanto ad una eventuale iniziativa dello Stato in tal senso, una soluzione adeguata parrebbe essere quella dell'abrogazione della legge, di cui all'art. 116, comma 3, Cost., da parte di altra legge approvata a maggioranza "iperaggravata" (ad es., in unica deliberazione adottata a maggioranza dei due terzi dei membri di ciascuna Camera), una maggioranza che potrebbe considerarsi espressiva di una garanzia sufficiente anche per l'autonomia regionale. Il punto è, però, che di questa eventualità non v'è traccia alcuna nel dettato costituzionale; la qual cosa, per vero, è da riportare a quella "logica" di favore per una disciplina pattizamente definita, di cui si diceva poc'anzi.

Si potrebbe, per vero, prendere in considerazione l'idea che sia la stessa intesa a prefigurare il suo stesso superamento ad opera della legge "iperaggravata" suddetta. Senonché all'accoglimento di questa eventualità osta la circostanza per cui nessuna fonte può istituire – secondo l'aureo insegnamento di un'autorevole dottrina – altre fonti del suo stesso rango (e, più ancora, di rango sovraordinato); di contro, è possibile il caso opposto, che qui però non interessa, di una fonte che "declassi" la sua stessa disciplina, ammettendo la eventualità di sue successive innovazioni per mano di fonti di grado inferiore. L'ipotesi di una modifica della legge in discorso ad opera di altra legge approvata a maggioranza semplice (e, persino, di atti sublegislativi) non è, comunque, da prendere in conto perché palesemente avversata dall'art. 116.

Al tirar delle somme, non sembra che resti altra soluzione di quella del ricorso alle procedure di cui all'art. 138, cosa peraltro – come si sa – alquanto disagiata<sup>36</sup>. Lo strumento in parola, poi, astrattamente si presta anche a mere revisioni del riparto delle materie tra Stato e Regioni, cui potrebbe conseguire l'illegittimità sopravvenuta della legge di "specializzazione" dapprima

---

<sup>36</sup> Una eventualità, peraltro, in passato contestata da un'accreditata dottrina (N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del titolo V*, in AA.VV., *Problemi del Federalismo*, Giuffrè, Milano 2001, 57) ma ammessa dalla dottrina largamente maggioritaria (per tutti, A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, cit., 152; l'ipotesi è, ora, discussa, tra gli altri, da A. VERNATA, *Il regionalismo differenziato alla prova della Costituzione*, cit., 10 ss., e A. NAPOLITANO, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, cit., 12 ss.).

adottata<sup>37</sup>, salvo ad accedere all'idea, nondimeno problematicamente argomentabile, che la disciplina speciale anteriore resista persino ad innovazioni a mezzo di fonte sovraordinata<sup>38</sup>. È pur vero che, in via generale, revisioni nel segno del "riaccentramento" dovrebbero presumersi – salva la prova del contrario<sup>39</sup> – incompatibili con il valore della promozione dell'autonomia: un'obiezione, questa, che, seppur teoricamente sensata, urta però con il dato di fatto per cui le leggi di revisione costituzionale, a partire da quella che ha riscritto il Titolo V nel 2001, non vanno soggette – come si diceva – a caducazione da parte della Consulta, che però non si trattiene dal far luogo alla loro sostanziale riscrittura per via d'interpretazione.

Non è poi affatto chiaro come possa aversi la rescissione del patto da parte della Regione, per il caso che fosse quest'ultima a prendere l'iniziativa in tal senso, senza che tuttavia si riscontri la disponibilità dello Stato a riprendersi le funzioni dapprima trasferite.

Ovviamente, è da prendere in esame la eventualità che la Regione voglia liberarsi solo di alcune funzioni; questa soluzione, però, porta naturalmente all'esito di un aggiornamento in tal senso dell'intesa con le procedure già seguite in occasione della sua venuta alla luce. Sta di fatto però che, laddove una sollecitazione rivolta allo Stato in tal senso non dovesse sortire gli effetti sperati, la Regione potrebbe abbandonare a se stesse le funzioni "sgradite", non esercitandole, ovvero adottare atteggiamenti ostruzionistici, sì da obbligare in buona sostanza lo Stato a riprendersi sia pure *ob torto collo*, a mezzo della necessaria attività "sussidiaria"<sup>40</sup>, ovvero a tornare a sedersi al tavolo delle trattative in vista della ormai improcrastinabile revisione dell'intesa.

*5. Le questioni di sostanza, a partire da quella relativa al criterio con cui individuare le funzioni suscettibili di regionalizzazione, ai necessari controlli relativi al loro esercizio, e il bisogno che l'intesa esibisca duttilità di struttura e presenti carattere sperimentale, sì da potersi agevolmente rimettere a punto alla luce dell'impatto avuto nell'esperienza*

Qui il discorso si lega a filo doppio a quello di sostanza. La migliore garanzia di un'ottimale sintesi delle istanze di unità e di quelle di autonomia si ha non soltanto per effetto della previa definizione in astratto di un adeguato regime complessivo di "specializzazione", congruo rispetto ai peculiari interessi emergenti dal territorio e rispettoso altresì di quelli facenti capo ad altre Regioni ed all'intera comunità nazionale, ma anche grazie alla previsione di strumenti adeguati di controllo nei riguardi dell'esercizio delle funzioni da parte della Regione, seguiti dalla eventuale attivazione di meccanismi di sussidiarietà<sup>41</sup>.

Il problema cruciale che, ad ogni buon conto, si pone, per l'aspetto sostanziale, riguarda la individuazione delle funzioni da "regionalizzare", in uno con la previsione di meccanismi di salvaguardia delle aspettative delle rimanenti Regioni e dell'intera comunità statale; il che, poi, in buona sostanza, rimanda ai limiti di ordine assiologico-sostanziale alla "specializzazione"<sup>42</sup>. Una

---

<sup>37</sup> L'ipotesi è ora prospettata anche da A. MENCARELLI, *Il caso della legge negoziata sul "regionalismo differenziato" e il ruolo del Parlamento: i possibili scenari procedurali*, cit., 7, con richiamo ad una indicazione di A. Piraino.

<sup>38</sup> Tutt'al più l'argomento potrebbe essere speso solo per revisioni di carattere generale, non già per una legge di revisione costituzionale che in modo diretto ed esplicito punti a far cadere la legge di "specializzazione" riguardante questa o quella Regione. D'altro canto, il canone ordinatore della specialità, ammesso (e non concesso) che abbia autonomia concettuale ed operativa, può in ogni caso essere superato dalla legge generale posteriore che dichiara in modo esplicito di voler rimuovere le norme speciali anteriori (ragguagli nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*<sup>5</sup>, Giappichelli, Torino 2009, 60 s.).

<sup>39</sup> È questo infatti uno dei casi in cui, a mio modo di vedere, s'inverte l'onere della prova, presumendosi la incostituzionalità dell'atto impugnato e gravando pertanto l'onere di dimostrarne la validità su chi lo difende in giudizio.

<sup>40</sup> ... che, però, per sua natura, resta circoscritta a singoli casi e presenta, dunque, carattere temporaneo.

<sup>41</sup> Ho anticipato il mio avviso sul punto, di cruciale rilievo, in *La "specializzazione" dell'autonomia regionale: se, come e nei riguardi di chi farvi luogo*, cit., § 2.4.

<sup>42</sup> Puntuali rilievi in tema possono ora vedersi in E. CASTORINA, *Regionalismo "specializzato" e "politiche attive del lavoro": un percorso denso di criticità*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 19/2019, 16 ottobre 2019.

verifica, questa, che, per essere effettuata a modo, naturalmente rimanda – come si diceva all’inizio di questa riflessione – al canone della ragionevolezza.

Il cuore della questione, ad ogni buon conto, com’è stato fatto notare da molti studiosi<sup>43</sup>, è nella previsione di meccanismi di solidarietà interregionale, accompagnata dalla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti, di cui all’art. 117, comma, lett. m), Cost. E non è inopportuno al riguardo qui ribadire che i meccanismi in parola da un canto, i livelli suddetti dall’altro, non sono cosa diversa dall’unità-indivisibilità della Repubblica bensì sono la stessa, in alcune delle sue più salienti e qualificanti espressioni, *in action*.

Non mi stancherò di ripetere un concetto che ho molte volte già rappresentato; ed è che l’unità-indivisibilità dell’ordinamento non si preserva con il mero fatto della salvaguardia della integrità territoriale ma implica pari condizione nel godimento dei diritti fondamentali e nell’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà. L’art. 5, insomma, fa tutt’uno con gli artt. 2 e 3 e con i restanti enunciati costituzionali che danno voce ai principi fondamentali, per la elementare ragione che uguaglianza e solidarietà – come ha di recente rilevato una sensibile dottrina<sup>44</sup> – sono i “fondamenti etici e giuridici dello Stato democratico”. Si può, forse, andare ancora oltre, riconoscendo che tratto caratteristico dei principi fondamentali, proprio perché tali, è la loro sostanziale non autonomia concettuale e positiva, il bisogno cioè di darsi mutuo sostegno e, ancora prima (e di più), di farsi l’uno parte integrante dell’altro.

Così stando le cose, è di tutta evidenza che nessuna intesa può venire alla luce (e bene farebbero, dunque, le Camere a rigettarle) ove non fosse in ciascuna di esse preconstituito un chiaro, esaustivo e, perlomeno sulla carta, efficiente quadro di controlli costantemente esercitati dallo Stato, dandosi allo stesso tempo alla Regione l’opportunità di poter esprimere e far valere il proprio punto di vista, in sede politico-istituzionale prima ancora che in sede giurisdizionale (segnatamente, davanti alla Consulta)<sup>45</sup>. Un quadro che può tornare utile proprio in occasione di eventuali controversie Stato-Regione, fermo restando ovviamente che lo stesso non si sottrae, in punto di diritto, alla sua eventuale sottoposizione a sindacato di costituzionalità, tanto per il caso che dovessero prevedersi misure non rispettose dell’equilibrio unità-autonomia quanto ove dovessero rivelare carenze di disposti, come si è venuti dicendo, necessari.

Un punto su cui a me pare che convenga particolarmente insistere è poi quello relativo alla struttura dell’intesa, al suo essere, per un verso, dotata della necessaria duttilità interna, sì da dar modo all’esercizio delle funzioni di potersi svolgere con agilità di movenze, e, per un altro verso, di connotare come *mobile* o, diciamo pure, *sperimentale* il regime pattiziamente definito, nel senso di prefigurare il suo eventuale aggiornamento, dopo un iniziale rodaggio ed all’esito dell’impatto dallo stesso avuto con l’assetto degli interessi, per il modo con cui risultano ripartite le relative competenze tra Stato e Regione<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Di recente, I. NICOTRA, *Le Regioni tra uniformità e differenze: autonomia responsabile o egoismi dei territori?*, in [Diritti Regionali](#), 1/2019, 1 marzo 2019; S. GAMBINO, *Regionalismo (differenziato) e diritti. Appunti a ri-lettura del novellato titolo V Cost., fra unità repubblicana, principio di eguaglianza ed esigenze autonomistiche*, in [Astrid](#), 4 marzo 2019; A. SAITTA, *Audizione resa il 13 giugno 2019 innanzi alla Commissione parlamentare per l’attuazione del federalismo fiscale sull’attuazione e le prospettive del federalismo fiscale e sulle procedure in atto per la definizione delle intese ai sensi dell’articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, in [Osservatorio AIC](#), 4/2019, 2 luglio 2019, 10 s.; C. BUZZACCHI, *LEA, costi, fabbisogni e copertura finanziaria: le categorie di riferimento per la finanza regionale presente e in corso di differenziazione*, in [Diritti Regionali](#), 3/2019, 30 settembre 2019; G. BERNABEI, *L’autonomia differenziata nel contesto della finanza locale*, in [Federalismi.it](#), 18/2019, 2 ottobre 2019; A. SPADARO, *Appunti sul “regionalismo differenziato”: una buona idea che può diventare un disastro*, cit., § 8, punti 4 e 5, e C.B. CEFFA, *Regionalismo differenziato e garanzia dei diritti sociali: profili di compatibilità costituzionale e potenziali benefici*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019, 14 ottobre 2019.

<sup>44</sup> V. BALDINI, *Unità dello Stato e dinamiche delle autonomie territoriali*, in [Federalismi.it](#), 13/2019, 3 luglio 2019, § 4, il cui titolo è qui testualmente riprodotto.

<sup>45</sup> Su ciò, v., part., lo scritto sopra cit. di A. SPADARO, § 4.

<sup>46</sup> In tema, tra gli altri, M. CECCHETTI, *La differenziazione delle forme e condizioni dell’autonomia regionale nel sistema delle fonti*, cit., 170, e A.M. RUSSO, *Il regionalismo italiano nel vortice autonomistico della differenziazione: l’asimmetria sperimentale tra integrazione e conflitti*, in *Ist. fed.*, 2/2018, 380. Il carattere sperimentale, di cui si viene

In fondo, se ci si pensa, si tratta di applicare qui lo schema che ormai stabilmente si ha per le esperienze di delega legislativa, immaginando dunque la eventualità di ulteriori intese “integrative e correttive” dell’intesa iniziale<sup>47</sup>. Allo stesso tempo, potrebbe prefigurarsi l’adozione di ulteriori intese, a finalità specificativo-attuativa dell’intesa di base, sollecitandosi così il modulo pattizio a moltiplicarsi a cascata.

Ancora una volta, l’esperienza maturata sul terreno degli accordi con le confessioni religiose può rivelarsi istruttiva al riguardo; e, al pari di questa, si potrebbero delineare moduli consensuali meno solenni di quello descritto nell’art. 116. Nulla, infatti, a mia opinione, osta alla venuta alla luce di intese ulteriori, in relazione ad oggetti puntualmente indicati ed a mezzo di procedure più agili e semplificate di quella stabilita nella Carta<sup>48</sup>. Dubito tuttavia che l’intesa di base possa prevedere la propria eventuale modifica a mezzo delle intese ulteriori in parola, alla cui adozione consegua un “declassamento” formale-procedimentale in deroga al disposto dell’art. 116. Potrebbe invece pensarsi a moduli pattizi aggiuntivi, a mera finalità di specificazione-attuazione di quanto stabilito nella intesa-madre, per quanto non ci si nasconda che il confine tra la mera attuazione e la integrazione, che porti alla estensione della “specializzazione” a nuovi campi materiali, sia alquanto sottile.

Il carattere sperimentale in parola s’imponesse soprattutto per una ragione di fondo; ed è che la “specializzazione” dell’autonomia costituisce un fatto inusuale per le esperienze istituzionali del nostro ordinamento, i cui effetti possono essere prefigurati solo in modo largamente approssimativo, richiedendo piuttosto di essere fatti oggetto di oculate verifiche nella pratica<sup>49</sup>. La verità è che non abbiamo certezza di cosa siffatta forma di promozione dell’autonomia potrà in concreto rappresentare per il nostro ordinamento; e, d’altro canto, anche i richiami di vicende altrove maturate, quale quelle avutesi in Spagna, cui si fa al riguardo sovente riferimento<sup>50</sup>, possono giovare solo fino ad un certo punto, dal momento che anche discipline positive analoghe e persino identiche, di cui si abbia riscontro nel passaggio da un ordinamento all’altro, possono poi affermarsi in modi anche sensibilmente diversi. Non escluderei, poi, che, a conti fatti, possano aversene tanto inconvenienti quanto benefici sia per le Regioni interessate che per le restanti. Confesso di invidiare coloro che hanno incrollabili certezze al riguardo, senza però voler essere nei loro panni.

*6. I nodi non sciolti di ordine politico-istituzionale, con riguardo ai riflessi della “specializzazione” per le restanti Regioni di diritto comune, nonché in merito agli equilibri caratterizzanti la forma di governo, in ambito regionale come pure in ambito statale*

Alcune incertezze sono, poi, alimentate da nodi politico-istituzionali ad oggi non sciolti.

---

ora dicendo, non dovrebbe poi comportare – si faccia caso – la stipula di intese a durata prefissata, come pure da taluno ventilato [riferimenti in G. TARLI BARBIERI, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell’art. 116, comma 3, Cost.*, cit., 30 ss.]; cosa, però, a mia opinione mal conciliabile con il valore di autonomia, che richiede di essere promosso e salvaguardato, non obbligato a recedere ed a ripiegare su se stesso a scadenza prestabilito, quale un prodotto commestibile, senza peraltro tacere quanto poco sensata sia l’idea, assiomaticamente affermata, che alcuni interessi a partire da una certa data perdano la loro natura propriamente regionale e tornino, dunque, a convertirsi in nazionali, salvo nuovo accordo che ne mantenga la cura in periferia.

<sup>47</sup> Così, già, nel mio il mio *La “specializzazione” dell’autonomia regionale: se, come e nei riguardi di chi farvi luogo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, § 2.5.

<sup>48</sup> In tema, tra gli altri, S. AGOSTA, *L’infanzia «difficile» (... ed un’incerta adolescenza?) del nuovo art. 116, comma 3, Cost. tra proposte (sempre più pressanti) di revisione costituzionale ed esigenze (sempre più sentite) di partecipazione regionale alla riscrittura del quadro costituzionale delle competenze*, in AA.VV., *La riforma del titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, cit., 335, e M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell’esame parlamentare*, cit., § 10.5.

<sup>49</sup> ... le quali, poi, potranno, nel bene e nel male, tornare particolarmente utili anche per forme di “specializzazione” riguardanti altre Regioni, tanto in sede di prima affermazione quanto di modifiche di intese già fatte, e per la stessa devoluzione di ulteriori condizioni di autonomia alle Regioni speciali.

<sup>50</sup> Di recente, v. il fasc. 2/2019 di *Ist. fed.*, dedicato a *Quarant’anni di autonomia in Spagna*.



In primo luogo, non è chiaro se e quali effetti potranno produrre le esperienze di “specializzazione” nei riguardi delle restanti Regioni di diritto comune, sollecitando pratiche ora imitative ed ora reattive<sup>51</sup>, e, quindi, nei riguardi delle Regioni speciali, che proprio alla luce dalle esperienze in parola potrebbero sentirsi indotte ad attivarsi in vista dell’ulteriore adeguamento della loro autonomia<sup>52</sup>. Né è chiaro quali riflessi potranno aversene a carico della forma di governo sia delle Regioni interessate dalla “specializzazione” che, verosimilmente in minor misura, dello Stato. È ragionevole infatti attendersi, per effetto dell’arricchimento del patrimonio funzionale delle Regioni suddette, una ulteriore sottolineatura del ruolo degli esecutivi, in particolare appunto dei Presidenti delle Regioni stesse che, a motivo della legittimazione loro conferita dall’elezione diretta, di già rivestono un ruolo di centrale rilievo in seno all’ente di appartenenza.

Il vero è, però, che, anche per effetto dell’accresciuto patrimonio delle funzioni, occorrerebbe a quest’ultimo affiancare nuove soluzioni organizzative in ambito regionale<sup>53</sup> che, allo stesso tempo, portino ad un ruolo ulteriormente rimarcato sia delle Giunte che dei Consigli, senza peraltro lasciare insoddisfatta l’esigenza di un ripensamento del ruolo degli enti locali, bisognosi di essere coinvolti attivamente nell’esercizio delle funzioni stesse.

Qui – come si vede – il discorso si lega a filo doppio a quello relativo alle procedure di “specializzazione”, in particolare per l’aspetto del coinvolgimento attivo delle assemblee elettive in ambito sia statale che regionale, cui si è dietro fatto cenno. È chiaro, infatti, che, laddove esso dovesse affermarsi (com’è auspicabile)<sup>54</sup>, non potrebbe che avere la sua naturale proiezione altresì in sede di realizzazione dell’intesa, tanto più poi proprio in ambito regionale, in considerazione dell’accresciuto carico delle funzioni cui occorre far fronte che richiede la previa definizione da parte delle assemblee stesse di un quadro di “principi e criteri direttivi” concernenti lo svolgimento delle trattative e la confezione delle intese e, quindi, l’esercizio delle funzioni acquisite per il tramite di queste, bisognoso di svolgersi sotto la costante vigilanza delle assemblee stesse. Non si trascuri il dato elementare, di tutta evidenza, per cui ritardi e carenze che dovessero al riguardo riscontrarsi non restano indifferenti anche per i Consigli, oltre che per la Giunta e il Presidente, potendosene avere l’attivazione di meccanismi di sostituzione da parte dello Stato fino, nei casi limite, alla messa in atto delle procedure per la revoca dell’intesa, nonché, ricorrendone le condizioni, allo scioglimento anticipato dei Consigli.

Più disagiata fare previsioni dotate di un minimo di attendibilità quanto agli effetti che potrebbero prefigurarsi per gli sviluppi della forma di governo dello Stato. L’assottigliamento delle funzioni facenti capo allo Stato dovrebbe comportare un minor aggravio di ruolo per il Governo; non si trascuri, però, che quest’ultimo dovrebbe – come si è veduto – essere chiamato a compiti di controllo sull’azione regionale e, come si è appena rammentato, laddove necessario, di sostituzione in via sussidiaria. Parimenti non chiaro è quali riflessi potrebbero aversene per le assemblee legislative (e, perciò, in buona sostanza, anche per il Governo-legislatore). Ancora una volta, infatti,

---

<sup>51</sup> Ad es., potrebbero aversi quei conflitti interregionali davanti alla Consulta, tanto in sede di giudizi sulle leggi quanto per conflitti di attribuzione, che fin qui sono mancati.

<sup>52</sup> I tentativi in tal senso – come si sa – non sono in passato mancati, senza che peraltro abbiano a tutt’oggi portato frutti tangibili.

<sup>53</sup> Si pensi solo al bisogno della Regione di dotarsi di strutture nuove o rinnovate al fine di poter far fronte in modo adeguato ai maggiori impegni in sede di attuazione della normativa eurounitaria riportabili alla estensione dei campi materiali acquisiti in forza della “specializzazione”. Il vero è che i rapporti tra Unione europea e Regione, anche (e soprattutto) per il verso ascendente, dovranno essere fatti oggetto di un complessivo ripensamento in una sede ad essi specificamente dedicata. Mi riprometto di farvi luogo in altra occasione (per talune prime notazioni, v., di recente, L.M. MOSCATI, *La differenziazione regionale nei rapporti con l’Unione europea. Il terzo comma dell’art. 116 per un’Europa delle Regioni*, in [Diritti Regionali](#), 3/2019, 24 ottobre 2019).

<sup>54</sup> Se, però, il buon giorno si vede dal mattino, l’andamento delle trattative che hanno interessato Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna, svoltosi in un clima gravato da una fitta nebbia che non ha consentito di fare luce su alcuni suoi passaggi di cruciale rilievo, non induce all’ottimismo circa la possibilità di recuperare trasparenza e partecipazione (impietoso il giudizio di un accreditato studioso, da poco scomparso, L. VANDELLI, *Il regionalismo differenziato*, in [Rivista AIC](#), 3/2019, 4 settembre 2019, 576, quando ha rilevato che “vari Ministri non conoscevano interamente i testi; e sicuramente non li conoscevano, non dico le regioni non interessate, ma nemmeno le regioni interessate”).

gli oneri di normazione dovrebbero decrescere, ma alcune discipline non potranno in alcun caso fare difetto (si pensi, ad es., alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti e, in genere, alle norme di legge espressive di competenze “trasversali”, idonee a distendersi praticamente in ogni ambito materiale).

Sta di fatto che, quanto più mobile e vario per i territori di cui si compone la Repubblica dovesse risultare il nuovo riparto delle competenze tra Stato e Regioni, tanto più potranno aversi frequenti riassetamenti degli equilibri istituzionali, in seno ad uno stesso ente (la Regione come pure lo Stato), con riflessi – come si diceva – altresì a carico di altri enti. Insomma, è da mettere in conto una fluidità di quadro istituzionale complessivo dagli sbocchi largamente imprevedibili.

Tutto ciò, unitamente al bisogno di mantenere costantemente alta la vigilanza a presidio dell’unità-indivisibilità della Repubblica, spinge per un ulteriore, vigoroso rilancio del regionalismo cooperativo<sup>55</sup>, che va complessivamente ripensato e riconformato<sup>56</sup> in modo da dare un senso concreto, non meramente nominale e di facciata, ai processi di codecisione politico-istituzionale Stato-Regione ed alla stessa cooperazione tra Regioni, specie se finitime che, in sede di “specializzazione”, si siano dotate delle medesime funzioni, il cui esercizio si riveli essere particolarmente impegnativo ed oneroso<sup>57</sup>. La qual cosa, poi, potrebbe dar vita ad un effetto deflattivo del contenzioso davanti alla Consulta, ad oggi di dimensioni intollerabili, sempre che – beninteso – la “leale cooperazione”, tanto predicata quanto poco praticata, riesca finalmente ad affermarsi in forme complessivamente appaganti.

### 7. Quali gli effetti della “specializzazione” per l’autonomia delle Regioni speciali?

Non è, poi, chiaro se e quali effetti la “specializzazione” produrrà per le Regioni di speciale autonomia.

La specialità – come dice lo stesso termine – implica una condizione eccezionale rispetto a ciò che è appunto... *ordinario*; ed implica altresì una condizione di complessivo vantaggio rispetto a quella in cui versano le Regioni di diritto comune<sup>58</sup>. Nel momento in cui ciò che è stato pensato come eccezionale tale non sarà più o lo sarà in più ridotta misura, l’intero quadro merita – a me pare – di essere ridefinito.

Ci si deve chiedere, in primo luogo, cosa ne sarà della clausola di maggior favore, di cui all’art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001. Essa – come si sa – rimanda ad un raffronto, peraltro assai scivoloso ed impegnativo, tra il regime comune, di cui al Titolo V per come riscritto dalla legge stessa<sup>59</sup>, e

<sup>55</sup> Questo bisogno è stato, ancora di recente, opportunamente evidenziato (O. CARAMASCHI, *Dalla specialità regionale alla differenziazione ex art. 116, terzo comma, Cost.: verso un sistema regionale asimmetrico?*, cit., § 6).

<sup>56</sup> Qui, com’è chiaro, il discorso naturalmente rimanda alla ristrutturazione della seconda Camera, assicurando in essa la stabile presenza dei rappresentanti delle autonomie. Un tema, questo, che, dopo i ripetuti fallimenti dei tentativi posti in essere allo scopo di dar vita alla riforma in parola, quale da ultimo quella messa a punto dal Governo Renzi, sembra essere diventato un vero e proprio tabù, specie a seguito del taglio drastico effettuato nella composizione di entrambi i rami del Parlamento. Di tutto ciò, ad ogni buon conto, non è ora possibile dire oltre il fugace cenno appena fatto, se non ribadire che la riforma in discorso meriterebbe di essere riconsiderata in modo adeguato e non fatta oggetto di previsioni palesemente carenti, quali quelle esibite dal disegno da ultimo bocciato dal voto popolare.

<sup>57</sup> Sulle intese interregionali, v., per tutti, gli studi di A. STERPA, tra i quali, principalmente, *Le intese tra le Regioni*, Giuffrè, Milano 2011.

<sup>58</sup> La lettera dell’ enunciato costituzionale, per vero, si apre ad ogni possibile esito, ma è fuor di dubbio che l’obiettivo avuto di mira sia stato (e sia) nel segno della promozione della condizione di autonomia delle cinque Regioni (e delle due Province autonome) rispetto a quella in cui versano le restanti Regioni. Così era secondo l’originario dettato e così – a me pare – è altresì per la sua attuale versione, anche – viene da pensare – al confronto con l’autonomia delle Regioni “specializzate” [la più sensibile dottrina ha, ancora di recente, avvertito a guardarsi dal rischio che la “specializzazione” possa risolversi in un surrettizio aggiramento del dettato costituzionale, ponendosi quale una specialità mascherata e persino in una ancora più avanzata di questa: v., dunque, A. POGGI, *Editoriale. Qualche riflessione sparsa sul regionalismo differenziato (a margine del Convegno di Torino)*, cit., 5].

<sup>59</sup> Ma v. la diversa impostazione della questione che è in M. DI FOLCO, *Il regionalismo differenziato; profili problematici e proposte attuative*, cit., § 2, e R. TONIATTI, *L’autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di*

quello proprio della singola Regione di speciale autonomia. A questo raffronto dovrebbe restare estranea l'osservazione della condizione delle Regioni "specializzate". Solo che l'art. 116, comma 3, è parte integrante del Titolo stesso, tant'è che si è affacciata da taluno l'idea che quanto rientra sotto la sua "copertura" debba ugualmente esser tenuto presente. Ci si avvede, tuttavia, subito che il ragionamento appena fatto si presenta fondato su basi assai gracili, ove si ammetta – come, a mia opinione, si deve – che il termine di raffronto per una rilettura "adeguatrice" degli statuti speciali è il dettato del Titolo V, quale rifatto dalla legge di riforma del 2001 e per come valevole per le Regioni di diritto comune in genere.

Così stando le cose, se ne ha che la clausola in parola spinge, nel tempo dell'attesa (ormai in modo abnorme prolungatasi) dell'adeguamento degli statuti al nuovo quadro costituzionale ridisegnato nel 2001, nel verso dell'assimilazione o, diciamo pure, dell'appiattimento delle "forme e condizioni" di autonomia di cui siano, rispettivamente, dotate la singola Regione speciale e le Regioni di diritto comune (non "specializzate"); di contro, la clausola di "specializzazione" spinge nel verso della differenziazione. L'equilibrio in cui le due spinte in parola verranno a trovarsi dipenderà – com'è chiaro – dalla consistenza complessiva delle esperienze di "specializzazione", dal modo con cui esse si evolveranno nella Repubblica fondata sulle autonomie.

È ad ogni buon conto da attendersi (perlomeno, la speranza è questa...) che dalle esperienze di "specializzazione" si abbia una sollecitazione per un rifacimento degli statuti speciali che, ovviamente, trarrà frutto dal modo con cui le esperienze stesse si sono manifestate, tenendo pertanto conto sia dei vantaggi che degli inconvenienti che ad esse si sono accompagnati: un aggiornamento che – lo si dice, sempre più stancamente, ormai da anni – non può ormai più tardare<sup>60</sup>, specie in considerazione, per un verso, dei bisogni sempre più impellenti nel tempo presente venuti alla luce e che richiedono strumenti nuovi ed adeguati a farvi fronte, e, per un altro verso, del contesto sia politico-istituzionale che economico-sociale in cui le vicende del regionalismo s'inscrivono e svolgono. Un contesto che è profondamente segnato da plurime e soffocanti emergenze, dall'avanzata, seppur non lineare e comunque sofferta, del processo d'integrazione sovranazionale, da vincoli sempre più incisivi ed onerosi venuti a carico degli Stati dalla Comunità internazionale.

Una specialità rigenerata e resa più salda sin dalle sue fondamenta ed una specializzazione al passo con le sfide del tempo presente sono gli ingredienti di base della ricetta giusta per ridare nuovo senso al valore di autonomia, nella unità-indivisibilità dell'ordinamento, e, per il suo tramite, un po' di ristoro alle comunità stanziato sui territori della Repubblica.

---

*un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, cit., 646 ss. Come si è però fatto in altri luoghi notare, il disposto dell'art. 10, l. cost. n. 3 del 2001, con il riferimento puntuale fatto alla stessa legge che lo contiene, non dovrebbe presentare carattere dinamico o mobile, sì da valere anche con riferimento a successive innovazioni apportate al quadro così come ridefinito nel 2001. Il valore di autonomia, tuttavia, osta ad un eventuale impoverimento o assottigliamento del patrimonio funzionale di cui la Regione si sia nel frattempo dotata in forza della clausola di maggior favore; è, dunque, verosimile attendersi che quest'ultima possa essere riprodotta in occasione di future modifiche o, in mancanza, che a ciò provveda la giurisprudenza costituzionale a mezzo di una tra le molte modifiche tacite cui ha fatto (e fa) luogo per via d'interpretazione.

<sup>60</sup> ... tanto più, poi, per la Sicilia, il cui statuto risente della peculiare ed irripetibile congiuntura storico-politica in cui è venuto alla luce e risulta, pertanto, bisognoso di un corposo aggiornamento che tenga, in particolare, conto dei compiti viepiù gravosi demandati alla Regione, il cui adempimento richiede la dotazione di strumenti nuovi ed efficaci, nonché della collocazione strategica della Regione nel Mediterraneo, riconsiderata alla luce degli sviluppi avutisi e di quelli in corso al piano delle relazioni in seno all'Unione europea ed alla Comunità internazionale (una proposta di nuovo articolato, corredata dei contributi scientifici che la sostengono, può vedersi in AA.VV., *Per un nuovo statuto della Regione siciliana*, a cura di A. Ruggeri - G. D'Amico - L. D'Andrea - G. Moschella, Giappichelli, Torino 2017).

**Alessandro Morelli****L'autonomia delle confessioni religiose tra legislazione e giurisdizione\***

SOMMARIO: 1. La rilevanza dell'autonomia confessionale per lo studio dei rapporti tra legislazione e giurisdizione: premesse. – 2. Il distacco tra il disegno dei Costituenti in materia di rapporti tra Stato e confessioni religiose e l'attuale realtà ordinamentale. – 3. L'assenza di un obbligo giuridico all'avvio delle trattative utili al raggiungimento dell'intesa *ex art. 8, terzo comma, Cost.* e l'esclusione della qualifica di confessione religiosa da parte del Governo: il caso dell'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR). – 4. L'identificazione delle confessioni religiose e il limite dell'«ordinamento giuridico italiano» all'autonomia confessionale. – 5. Legislazione e giurisdizione in rapporto all'autonomia confessionale: un bilancio.

1. *La rilevanza dell'autonomia confessionale per lo studio dei rapporti tra legislazione e giurisdizione: premesse*

Sono almeno tre le ragioni per le quali il tema dell'autonomia confessionale appare interessante per lo studio dei rapporti tra legislazione e giurisdizione nel riconoscimento e nella garanzia dei diritti fondamentali e non soltanto della libertà di religione esercitata in forma collettiva.

La prima consiste nel fatto che l'art. 8 Cost. pone alcune questioni di formidabile portata, che a ben vedere non riguardano esclusivamente la libertà di religione, ma appaiono paradigmatiche in quanto coinvolgenti anche la tutela di altri diritti, nonché il modo di definire i rapporti tra lo Stato e le formazioni sociali intermedie (comprese quelle non religiose). Il primo comma di tale articolo, nel prevedere che «tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge», esplicita, infatti, quello che – secondo la ricostruzione di un'autorevole dottrina<sup>1</sup> – è il fine ideale della democrazia pluralista: coniugare la libertà e l'eguaglianza, valori che, prima dell'avvento degli Stati costituzionali del secondo dopoguerra, erano stati intesi, nel pensiero filosofico-politico occidentale, come inconciliabili nell'organizzazione delle forme istituzionali.

Non è certo possibile trovare in astratto – per così dire, *in vitro* – il punto di equilibrio tra intervento legislativo e giurisdizionale tale da assicurare la massima libertà possibile a condizioni paritarie. Con particolare riguardo alla materia della libertà religiosa, se, infatti, la dottrina maggioritaria ritiene necessaria l'adozione di una legge comune (e diversi progetti orientati in tal senso sono stati elaborati e presentati alle Camere<sup>2</sup>), che, superando la disciplina sui culti ammessi

---

\* *Testo riveduto e aggiornato della relazione tenuta al Convegno su Ripensare o “rinnovare” le formazioni sociali? Legislatori e giudici di fronte alle sfide del pluralismo sociale nelle democrazie contemporanee, Università degli Studi di Catania, Dipartimento di Giurisprudenza, 24-25 maggio 2019.*

<sup>1</sup> Cfr., in tal senso, R. DWORKIN, *Sovereign Virtue. Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London 2000, trad. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano 2002, 139; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009, 43 ss. e 85 ss.; nonché A. RUGGERI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), marzo 2018, spec. 23 ss.; ID., *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2018, 17 ss., il quale, a proposito dei principi di libertà ed eguaglianza riconosciuti dagli artt. 2 e 3 Cost., parla di «*coppia assiologica fondamentale*».

<sup>2</sup> Tra i progetti proposti negli ultimi anni, in materia, si ricordano: il disegno di legge recante «Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi», presentato al Senato il 23 settembre 2014 (S. 1631); la proposta di legge recante «Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi», presentata alla Camera il 6 marzo 2015 (C. 2939); il disegno di legge recante «Disposizioni in materia di predicazioni religiose di Culti non oggetto di intese ai sensi dell'art. 8, terzo comma, della Costituzione e conformità ai principi costituzionali», presentato al Senato il 29 luglio 2015 (S. 2064); la proposta di legge recante «Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi», presentata alla Camera il 20 settembre 2017 (C. 4650); la proposta di legge recante «Norme sulla libertà religiosa e abrogazione della legislazione sui culti ammessi», presentata alla Camera il 28 settembre 2017 (C. 4667); il disegno di legge recante «Disposizioni in materia di confessioni religiose acattoliche minoritarie e delega al Governo in materia di statuti», presentato al Senato il 28 marzo 2018 (S. 186). Si veda, inoltre, la

del 1929, assicurati a tutte le confessioni pari diritti, è anche vero che la stessa disciplina legislativa non può contenere previsioni eccessivamente specifiche e invasive nei confronti dell'autonomia confessionale. Lo strumento legislativo appare strutturalmente inadeguato, come subito si dirà, anche a fornire una definizione precisa di «confessione religiosa», potendone dare al massimo una generale, che presuppone necessariamente l'esistenza di requisiti e criteri *consuetudinariamente* accolti, oggetto di ricognizione da parte della giurisprudenza<sup>3</sup>.

La seconda ragione della rilevanza dell'autonomia confessionale per l'analisi dei rapporti tra legislazione e giurisdizione consiste nel fatto che lo studio di questa tematica consente di trarre alcune conclusioni di carattere generale sui limiti che il legislatore incontra nel disciplinare forme di autonomia che, come nel caso di specie, risultino funzionali all'effettivo esercizio di diritti fondamentali. L'autonomia confessionale trova espresso riconoscimento, com'è noto, nel secondo comma dell'art. 8, a norma del quale «le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano». Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>4</sup>, i contenuti degli statuti delle confessioni non possono essere fissati con legge e, inoltre, il richiamo al limite costituito dall'«ordinamento giuridico italiano», presente in tale disposizione, va riferito esclusivamente ai principi fondamentali desumibili dall'ordinamento costituzionale, cui si legano le leggi direttamente e immediatamente attuative degli stessi<sup>5</sup>.

La terza e ultima ragione attiene al rapporto tra autonomia confessionale e principio di «bilateralità pattizia», che, nel caso delle confessioni diverse da quella cattolica, è previsto dal terzo comma dell'art. 8 Cost., a norma del quale i rapporti tra le stesse confessioni e lo Stato «sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze» e per la Chiesa cattolica è legittimato dal rinvio ai Patti lateranensi (art. 7, secondo comma, Cost.). Com'è stato scritto, l'autonomia delle confessioni religiose costituisce, nel contempo, «il presupposto logico e la base giuridica» del principio di bilateralità nei rapporti con lo Stato<sup>6</sup>. Proprio in quanto dotate di autonomia (innanzitutto statutaria), le confessioni religiose possono stipulare intese con lo Stato<sup>7</sup>. Da tale punto di vista, ancora una volta, lo studio di tali formazioni sociali consente di mettere in luce taluni aspetti rilevanti del ruolo che legislatore e giudice possono e devono svolgere nel conseguimento di una condizione *effettiva* di eguale libertà degli stessi soggetti di autonomia.

---

proposta di legge recante «Norme in materia di libertà di coscienza e di religione», a cura di Astrid e presentata al Seminario di studi organizzato dalla Fondazione Astrid su «Libertà di coscienza e di religione. Ragioni e proposte per un intervento legislativo», Roma, 6 aprile 2017, consultabile in [Astrid](#). Su quest'ultima proposta si rinvia, tra gli altri, a S. FERRARI, *Perché è necessaria una legge sulla libertà religiosa? Profili e prospettive di un progetto di legge in Italia*, nella Rassegna [Astrid](#), 6/2017; R. ZACCARIA, *La legge sulla libertà religiosa: vicende politico-istituzionali*, [ivi](#), 7/2017; A. FERRARI, *Le ragioni di una proposta legislativa in materia di libertà di coscienza e di religione*, [ibid.](#); R. MAZZOLA, *Libertà religiosa: proposte in tema di libertà religiosa individuale*, [ibid.](#); P. FLORIS, *Libertà religiosa: proposte in tema di libertà religiosa collettiva*, [ibid.](#); S. DOMIANELLO, *Libertà religiosa: proposte in tema matrimoniale e di stipulazione delle intese*, [ibid.](#); nonché a G. MACRÌ, *Osservazioni sulla proposta di legge "Norme in materia di libertà di coscienza e di religione" elaborata dal gruppo di lavoro coordinato dalla Fondazione ASTRID*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 10/2018.

In senso critico sulle proposte di una legge generale sulla libertà di religione cfr., tuttavia, M. CANONICO, *L'idea di una legge generale sulla libertà religiosa: prospettiva pericolosa e di dubbia utilità*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), gennaio 2010, 1 ss. Più in generale, in tema, cfr. anche P. CAVANA, *Libertà religiosa e proposte di riforma della legislazione ecclesiastica in Italia*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 41/2017.

<sup>3</sup> Cfr., in tal senso, A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdicchio e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, in [Federalismi.it](#), 7/2016, spec. 5 ss.

<sup>4</sup> Cfr., tra le altre, [Corte cost., sentt. nn. 43/1988 e 259/1990](#).

<sup>5</sup> Cfr. soprattutto Corte cost., sentt. nn. [48/1979](#), [234/1984](#) e [43/1988](#).

<sup>6</sup> Così C. MIRABELLI, *Confessioni religiose*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, coordinatori: M. Catenacci-A. Celotto, E. Chiti, A. Gioia, G. Napolitano e L. Savini, vol. II, Giuffrè, Milano 2006, 1246.

<sup>7</sup> Sull'intesa *ex art. 8*, terzo comma, Cost. come «archetipo» delle diverse intese oggi presenti nel diritto ecclesiastico cfr. N. COLAIANNI, *Intese (diritto ecclesiastico)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Giuffrè, Milano 2001, 698 ss.

## 2. Il distacco tra il disegno dei Costituenti in materia di rapporti tra Stato e confessioni religiose e l'attuale realtà ordinamentale

Il dato da cui appare opportuno prendere le mosse è il notevole distacco che, riguardo alla disciplina dei rapporti tra Stato e confessioni religiose, si riscontra tra il disegno dei Costituenti e l'odierna realtà ordinamentale.

L'art. 8, primo comma, Cost. afferma il principio di eguale libertà per *tutte le confessioni religiose* (compresa, dunque, quella cattolica); il secondo comma si riferisce invece soltanto alle confessioni diverse da quella cattolica, che ricevono un trattamento differenziato rispetto a quest'ultima. Se, com'è stato detto, tutte le confessioni devono godere di eguale libertà, questa, tuttavia, non può tradursi in un'assoluta parità di trattamento<sup>8</sup>. Eventuali disparità devono però essere contenute entro il limite della «eguale libertà». L'affermazione secondo cui le confessioni «sono egualmente libere davanti alla legge» fissa, infatti, un principio di libertà e non di eguaglianza in senso formale. Poiché appare evidente che le confessioni religiose non sono *di fatto* tutte eguali, la stessa eguaglianza va interpretata quale modo di esercizio della libertà. Insomma – conclude tale dottrina – «“davanti alla legge” nessuna confessione religiosa può essere più – o meno – libera di un'altra»<sup>9</sup>.

A questo modello, che probabilmente avevano in mente i Costituenti, ha fatto riferimento di recente la Corte costituzionale, in una sua discussa pronuncia<sup>10</sup>, nella quale si è affermato che, nel nostro ordinamento, non è compito dell'intesa consentire la realizzazione dell'eguaglianza tra le

<sup>8</sup> Cfr., in tal senso, P. CONSORTI, *Diritto e religione*, Laterza, Roma-Bari 2014, 85.

<sup>9</sup> *Op. et loc. ult. cit.*

<sup>10</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 52/2016](#), su cui, tra gli altri, cfr. R. DICKMANN, *La delibera del Consiglio dei ministri di avviare o meno le trattative finalizzate ad una intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost. è un atto politico insindacabile in sede giurisdizionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 21 marzo 2016; S. LEONE, *Negoziare un'intesa non è una pretesa giustiziabile*, in *Quad. cost.*, 2/2016, 362 ss.; A. POGGI, *Una sentenza “preventiva” sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose? (In margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale)*, in [Federalismi.it](#), 6/2016, 2 ss.; A. PINI, *L'inevitabile caratura politica dei negoziati tra il Governo e le confessioni e le implicazioni per la libertà religiosa: brevi osservazioni a proposito della sentenza n. 52 del 2016*, [ivi](#), 7/2016, 2 ss.; D. PORENA, *Atti politici e prerogative del Governo in materia di confessioni religiose: note a prima lettura sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52/2016*, [ivi](#), 7/2016, 2 ss.; A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, cit., 2 ss.; A. FERRARA, *Corte cost. n. 52 del 2016, ovvero dello svuotamento delle intese Stato-Confessioni religiose e dell'upgrading del giudizio concernente il diniego all'avvio delle trattative*, in [Federalismi.it](#), 8/2016, 2 ss.; I. NICOTRA, *Le intese con le confessioni religiose: in attesa di una legge che razionalizzi la discrezionalità del Governo*, [ivi](#), 8/2016, 2 ss.; A. LICASTRO, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 26/2016, 1 ss.; J. PASQUALI CERIOLI, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.*, *ibid.*, 1 ss.; G. MONACO, *Confessioni religiose: uguaglianza e governo del territorio (brevi osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 63/2016)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2 luglio 2016, 1 ss.; C. TOMBA, *Il principio di laicità: mero strumento rafforzativo del principio di eguaglianza “senza distinzione di religione” ovvero obbligo positivo nei confronti dei pubblici poteri? Riflessioni a prima lettura delle sentenze n. 63 e n. 52 del 2016*, in [Osservatorio AIC](#), 2/2016, 1 ss.; V. VITA, *Della non obbligatorietà dell'avvio delle trattative finalizzate alla conclusione di un'intesa. Riflessioni a margine della sentenza n. 52 del 2016*, *ibid.*, 1 ss.; G. MACRÌ, *Il futuro delle intese (anche per l'UAAR) passa attraverso una legge generale sulla libertà religiosa. Brevi considerazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 52 del 2016*, [ivi](#), 3/2016, 1 ss.; S. MAGNANI, *L'esercizio pubblico del culto. Le preoccupazioni della Corte costituzionale nel suo ruolo di custode “tutelatrice” dei diritti fondamentali*, [ivi](#), 1/2017, 123 ss.; S. CANTISANI, *Luci e ombre nella sentenza Corte costituzionale n. 63 del 2016 (e nella connessa sentenza n. 52) tra affermazioni di competenza ed esigenze di sicurezza*, in questa [Rivista, Studi](#), 2017/I, 54 ss.; G. LANEVE, *Conflitti costituzionali e conflitti di giurisdizione sul procedimento relativo alla stipula delle intese ex art. 8, comma 3, Cost: riflessioni a partire da un delicato (e inusuale) conflitto fra poteri, tra atto politico e principio di laicità*, in [Rivista AIC](#), 2/2017, 1 ss.; F. PACINI, *Corte costituzionale e negoziazione legislativa. Considerazioni a margine del “caso UAAR”*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 1 ss.

confessioni, che trova invece tutela negli artt. 3 e 8, primo e secondo comma, 19 e 20 Cost.; sicché non sarebbe corretto affermare che l'art. 8, terzo comma, Cost. sia una disposizione procedurale meramente servente dei primi due commi, e quindi funzionale «alla realizzazione dei principi di eguaglianza e pluralismo in materia religiosa in essi sanciti». Il terzo comma, invece, avrebbe «l'autonomo significato di permettere l'estensione del “metodo bilaterale” alla materia dei rapporti tra Stato e confessioni non cattoliche, ove il riferimento a tale metodo evoca l'incontro della volontà delle due parti già sulla scelta di avviare le trattative»<sup>11</sup>.

Tale asserto, che in astratto appare corretto, non sembra però tenere conto del fatto che la libertà di religione, esercitata in forma collettiva anche grazie al riconoscimento dell'autonomia confessionale, ha sia una connotazione *negativa* che una *positiva*, esigendo riconoscimenti e prestazioni che soltanto il legislatore e i pubblici poteri possono concretamente assicurare. Inoltre, la prospettiva fatta propria dal Giudice costituzionale non considera che anche, e soprattutto, per la mancanza di una legge comune sulla libertà religiosa, le intese hanno finito con il costituire un «diritto comune delle confessioni», dal quale rimangono escluse diverse confessioni che non sono riuscite ad ottenere un'intesa e che difficilmente potranno ottenerla, almeno a condizioni soddisfacenti. Pertanto, *di fatto*, l'intesa, strumento originariamente previsto per assicurare a tutte le confessioni religiose la garanzia del metodo bilaterale nella definizione dei rapporti intercorrenti tra le stesse e lo Stato, ha finito con il costituire uno strumento essenziale per la garanzia dell'*effettiva* eguale libertà (anche positiva) delle confessioni religiose.

3. *L'assenza di un obbligo giuridico all'avvio delle trattative utili al raggiungimento dell'intesa ex art. 8, terzo comma, Cost. e l'esclusione della qualifica di confessione religiosa da parte del Governo: il caso dell'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR)*

Nel caso deciso con la sent. n. 52/2016, a conclusione di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, la Corte costituzionale ha dichiarato che non spettava alla Corte di cassazione affermare la sindacabilità in sede giurisdizionale della delibera con cui il Consiglio dei ministri aveva negato all'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR) l'apertura delle trattative per la stipulazione dell'intesa di cui all'art. 8, terzo comma, della Costituzione e ha conseguentemente annullato la sentenza della Corte di cassazione contenente la suddetta decisione.

La vicenda aveva avuto inizio nel 2003, quando l'UAAR, associazione non riconosciuta, aveva proposto ricorso avanti al TAR Lazio, chiedendo l'annullamento della delibera del Consiglio dei ministri che, recependo il parere dell'Avvocatura generale dello Stato, aveva disposto di non avviare le trattative finalizzate alla conclusione dell'intesa; e ciò in base al presupposto che la professione di ateismo non potesse essere assimilata ad una confessione religiosa, intesa quale «un fatto di fede rivolto al divino e vissuto in comune tra più persone, che lo rendono manifesto nella società tramite una propria particolare struttura istituzionale»<sup>12</sup>.

Successivamente, con sentenza n. 12359/2008, il TAR Lazio aveva dichiarato inammissibile, per difetto assoluto di giurisdizione, il ricorso proposto dall'UAAR contro la deliberazione del Consiglio dei ministri, ritenendo che la determinazione impugnata avesse natura di atto politico che, com'è noto, non è impugnabile<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Così [Corte cost., sent. n. 52/2016](#), punto 5.1 del *Cons. in dir.*

<sup>12</sup> Cfr. nota della Presidenza del Consiglio del 5 dicembre 2003.

<sup>13</sup> ... secondo quanto dispone l'art. 7, primo comma, ultimo periodo, del decreto legislativo n. 104/2010 (*Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*). Sulla nozione di «atto politico» cfr., tra gli scritti più recenti, G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 3/2012, 329 ss.; F.F. PAGANO, *Gli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 3/2013, 863 ss.; ID., *Trasformazione dell'indirizzo politico del governo, atti politici e limiti del sindacato giurisdizionale*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 22 febbraio 2018, 1 ss.; L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, in [Rivista AIC](#), 1/2014, 1 ss.; P.

Il Consiglio di Stato, sulla base dell'appello proposto dall'UAAR, aveva poi ribaltato la decisione<sup>14</sup>, riconoscendo la giurisdizione del giudice amministrativo. Alla base di questa pronuncia vi era l'affermazione per cui non doveva intendersi l'avvio (o il mancato avvio) delle trattative come un atto propriamente politico, bensì «di valutazione tecnica». Un atto con il quale l'Amministrazione motiverebbe la ponderazione degli interessi in gioco: da un lato, quello dell'associazione a giungere all'intesa e, dall'altro, quello pubblico alla selezione dei soggetti con cui avviare le trattative funzionali all'eventuale stipulazione dell'intesa stessa. Secondo il Consiglio di Stato, inoltre, la valutazione governativa sarebbe sindacabile e, in ogni caso, l'avvio delle trattative sarebbe obbligatorio qualora si ritenga che l'associazione richiedente è da intendersi una confessione religiosa in senso proprio, salva restando la facoltà per il Governo di non stipulare l'intesa all'esito delle trattative, così come quella del Parlamento di non tradurre in legge l'intesa stessa.

Contro la sentenza del Consiglio di Stato il Presidente del Consiglio dei ministri ha successivamente proposto ricorso ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, Cost., alle Sezioni unite della Corte di cassazione, sostenendo che il rifiuto di avviare le trattative per la conclusione dell'intesa *ex art. 8*, terzo comma, Cost. dovesse qualificarsi come un «atto politico» insindacabile.

Le Sezioni unite, con la sent. 16305/2013, hanno respinto il ricorso, affermando che l'accertamento preliminare relativo alla qualificazione dell'istante come confessione religiosa costituisce esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione, come tale sindacabile in sede giurisdizionale. Ciò in quanto, a detta della Cassazione, il terzo comma dell'art. 8 sarebbe strumentale al primo comma del medesimo articolo e, dunque, alla realizzazione dell'eguaglianza tra confessioni religiose.

Dopo tale pronuncia, il TAR Lazio ha respinto nel merito il ricorso dell'UAAR<sup>15</sup>, ritenendo legittimo il diniego della trattativa opposto dal Governo, sulla base del presupposto che l'associazione richiedente non rientrerebbe, anche secondo l'autoqualificazione contenuta nel suo statuto, nella categoria delle confessioni religiose. Nonostante tale pronuncia, il Presidente del Consiglio dei ministri ha egualmente sollevato un conflitto di attribuzione tra poteri nei confronti della Corte di cassazione, insistendo sulla tesi dell'insindacabilità del rifiuto di avviare le trattative in quanto atto politico.

Nella sent. n. 52/2016, la Corte è giunta all'esito del giudizio sulla base di due assunti<sup>16</sup>: il primo, come si è visto, è che l'intesa *ex art. 8*, terzo comma, Cost. non è uno strumento di realizzazione dei principi di eguaglianza e pluralismo, ma solo un mezzo utile a garantire il principio di bilateralità<sup>17</sup>;

---

ZICCHITU, *Una "nuova stagione" per l'atto politico? Alcune riflessioni tra teoria e prassi costituzionale*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 11/2018, 1 ss.

<sup>14</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, sent. n. 6083/2011.

<sup>15</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, sez. I, sent. n. 7068/2014.

<sup>16</sup> Cfr. A. POGGI, *Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose?*, cit., 4 ss.

<sup>17</sup> Tale indirizzo ha trovato conferma nella successiva [sent. n. 63/2016](#), con cui la Corte ha dichiarato la parziale incostituzionalità di una legge regionale della Lombardia che, in merito all'edilizia di culto, distingueva la condizione delle confessioni acattoliche che avessero stipulato intese con lo Stato da quella delle altre confessioni, per le quali si richiedeva, ai fini dell'accesso all'edilizia di culto, una serie di requisiti, alcuni dei quali piuttosto gravosi (punto 5.2 del *Cons. in dir.*). Nell'occasione, l'organo di giustizia costituzionale ha ribadito, a proposito del libero esercizio del culto, che esso è «un aspetto essenziale della libertà di religione (art. 19) ed è, pertanto, riconosciuto egualmente a tutti e a tutte le confessioni religiose (art. 8, primo e secondo comma), a prescindere dalla stipulazione di una intesa con lo Stato. [...] [A]ltro è la libertà religiosa, garantita a tutti senza distinzioni, altro è il regime pattizio (artt. 7 e 8, terzo comma, Cost.), che si basa sulla "concorde volontà" del Governo e delle confessioni religiose di regolare specifici aspetti del rapporto di queste ultime con l'ordinamento giuridico statale ([sentenza n. 52 del 2016](#)). Data l'ampia discrezionalità politica del Governo in materia, il concordato o l'intesa non possono costituire *condicio sine qua* non per l'esercizio della libertà religiosa; gli accordi bilaterali sono piuttosto finalizzati al soddisfacimento di "esigenze specifiche di ciascuna delle confessioni religiose ([sentenza n. 235 del 1997](#)), ovvero a concedere loro particolari vantaggi o eventualmente a imporre loro particolari limitazioni ([sentenza n. 59 del 1958](#)), ovvero ancora a dare rilevanza, nell'ordinamento, a specifici atti propri della confessione religiosa" ([sentenza n. 52 del 2016](#))». Per tale motivo, tra l'altro, il legislatore non può operare discriminazioni tra confessioni religiose in base alla sola circostanza che esse



il secondo, consequenziale al primo, è che *non vi sarebbe alcuna pretesa giustiziabile all'avvio delle trattative per l'intesa*. In tal senso, la Corte ha affermato che tale pretesa «non è configurabile proprio alla luce della non configurabilità di una pretesa soggettiva alla conclusione positiva» delle trattative stesse<sup>18</sup>.

#### 4. *L'identificazione delle confessioni religiose e il limite dell'«ordinamento giuridico italiano» all'autonomia confessionale*

Il ragionamento della Corte offre spunti interessanti per sviluppare qualche prima considerazione sui ruoli spettanti al legislatore e al giudice nella regolamentazione della materia dell'autonomia confessionale, a cominciare dal profilo attinente alla stessa identificazione delle confessioni religiose.

Com'è stato sostenuto, innanzitutto, l'accertamento inerente alla qualità soggettiva della formazione sociale non può competere in via esclusiva ed insindacabile al Governo ma, «in ultima istanza», al giudice. Diversamente, «sarebbe come ammettere che ad un atto politico insindacabile competa far luogo all'interpretazione autentica di un disposto costituzionale (e di un disposto – si faccia caso – qui espressivo di un principio fondamentale)»<sup>19</sup>. È vero che la Corte, nella medesima pronuncia, ha precisato che l'atto governativo di diniego all'avvio delle trattative, nella parte in cui esclude la qualifica di confessione religiosa per l'associazione richiedente, non ha alcuna efficacia esterna al procedimento *ex art. 8*, terzo comma, Cost. e «non può pregiudicare ad altri fini la sfera giuridica dell'associazione stessa», sicché un eventuale atto lesivo, adottato in altri contesti, potrebbe comunque essere oggetto di controllo giudiziario nelle forme consentite<sup>20</sup>. Il Giudice costituzionale esclude che si diano «zone franche» dal sindacato giurisdizionale nella tutela del pluralismo religioso e dell'eguaglianza di tutte le confessioni religiose<sup>21</sup>, distinguendo tra l'individuazione, in astratto, dei caratteri che farebbero di una formazione sociale una confessione (in quanto tale destinataria di tutte le norme previste dal diritto comune per tali associazioni) e la valutazione del Governo riguardo all'avvio delle trattative funzionali al raggiungimento dell'intesa di cui all'art. 8, terzo comma, Cost., nel cui ambito sarebbe inclusa anche l'individuazione, in concreto, dell'interlocutore». Una scelta, quest'ultima, nella quale avrebbero «peso decisivo delicati apprezzamenti di opportunità, che gli artt. 8, terzo comma, e 95 Cost. attribuiscono alla responsabilità del Governo»<sup>22</sup>. Al riguardo, peraltro, si è notato che l'insindacabilità dell'atto

---

abbiano o meno regolato i propri rapporti con lo Stato tramite accordi o intese (punto 4.1 del *Cons. in dir.*). Su tale pronuncia cfr., tra gli altri, S. CANTISANI, [Luci e ombre nella sentenza Corte costituzionale n. 63 del 2016 \(e nella connessa sentenza n. 52\) tra affermazioni di competenza ed esigenze di sicurezza](#), cit., 54 ss.; M. CROCE, *L'edilizia di culto dopo la sentenza n. 63/2016: esigenze di libertà, ragionevoli limitazioni e riparto di competenze fra Stato e Regioni*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 3 maggio 2016; A. GUAZZAROTTI, *Diritto al luogo di culto ed eguaglianza tra Confessioni religiose: il rebus delle competenze*, in *Le Regioni*, 3/2016, 599 ss.; A. LICASTRO, *La Corte costituzionale torna protagonista dei processi di transizione della politica ecclesiastica italiana?*, cit., 1 ss.; S. MAGNANI, *L'esercizio pubblico del culto. Le preoccupazioni della Corte costituzionale nel suo ruolo di custode "tutelatrice" dei diritti fondamentali*, cit., 123 ss.; G. MONACO, *Confessioni religiose: uguaglianza e governo del territorio (brevi osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 63/2016)*, cit., 1 ss.; J. PASQUALI CERIOLI, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.*, cit., 1 ss.; A. LORENZETTI, *La Corte costituzionale e l'edilizia di culto: alla ricerca di un difficile equilibrio, fra riparto di competenze, libertà religiosa e il "convitato di pietra" dell'emergenza terrorismo*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 30 marzo 2017, 1 ss.

<sup>18</sup> [Corte cost., sent. n. 52/2016](#), punto 5.1 del *Cons. in dir.*

<sup>19</sup> A. RUGGERI, *Confessioni religiose e intese tra iurisdictione e gubernaculum, ovvero la abnorme dilatazione dell'area delle decisioni politiche non giustiziabili (a prima lettura di Corte cost. n. 52 del 2016)*, cit., 4.

<sup>20</sup> [Corte cost., sent. n. 52/2016](#), punto 5.3 del *Cons. in dir.*

<sup>21</sup> In senso difforme, A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 2, sostiene che, con la suddetta pronuncia, la Corte avrebbe creato una nuova «zona franca».

<sup>22</sup> [Corte cost., sent. n. 52/2016](#), punto 5.3 del *Cons. in dir.*

comporterebbe l'irrelevanza della motivazione dello stesso al di fuori del procedimento *ex art. 8*, terzo comma, Cost., sicché la Corte avrebbe anche potuto affermare che il rifiuto del Governo si reggeva da sé, non necessitando di alcuna motivazione; quest'ultima, nel caso di specie, non era stata certo imposta dalla legge sul procedimento amministrativo, ma era stata fornita «per giustificare politicamente, nei confronti dell'opinione pubblica e dei propri interlocutori istituzionali, la scelta operata»<sup>23</sup>. Se ciò è vero dal punto di vista strettamente formale, la scelta di dare una motivazione non dovuta ha certamente alimentato l'impressione che si volesse attrarre nella sfera politica la decisione su quali associazioni possano considerarsi confessioni religiose<sup>24</sup>.

Il problema è che il giudizio della Corte, nel caso di specie, ha scontato l'insufficienza della normativa costituzionale in relazione alle istanze avanzate, a fronte della mancanza di un'adeguata disciplina legislativa in materia di autonomia confessionale. Da un lato, sarebbe stato arduo dedurre dalle scarse previsioni contenute nell'art. 8 Cost. un obbligo giuridico all'avvio delle trattative (un vincolo che, pur collidendo con il paradigma della bilateralità, appare supportato dalla patologica assenza di una disciplina di carattere generale che assicuri a tutte le confessioni le condizioni essenziali di esercizio, in forma collettiva, della libertà religiosa); dall'altro lato, anche a voler svolgere, sulla base di parametri oggettivi, un sindacato sulla natura dell'associazione richiedente (che, peraltro, nel proprio statuto si autodefiniva «un'organizzazione filosofica *non confessionale*, democratica e apartitica»<sup>25</sup>), si sarebbero incontrate notevoli difficoltà e difficilmente sarebbe stato possibile giungere a un esito diverso, favorevole all'associazione richiedente.

Al momento manca, com'è noto, una definizione legislativa di «confessione religiosa» e, peraltro, quando si è provato a formularne qualcuna, si sono prodotti enunciati molto ampi, per la cui applicazione si sono introdotti rinvii a elementi la cui individuazione non può che spettare all'autorità giudiziaria<sup>26</sup>. A ben vedere, è inevitabile che sia così: una formula legislativa eccessivamente dettagliata e precisa non consentirebbe di tenere conto del carattere multiforme del fenomeno religioso<sup>27</sup>.

D'altro canto, una definizione legislativa non sarebbe inutile, potendo orientare e limitare l'identificazione operata sul piano giurisprudenziale, dove, come si è notato, allorché si sia

---

<sup>23</sup> Così S. LEONE, *Negoziare un'intesa non è una pretesa giustiziabile*, cit., 364.

<sup>24</sup> Cfr., in tal senso, A. POGGI, *Una sentenza "preventiva" sulle prossime richieste di Intese da parte di confessioni religiose?*, cit., 11.

<sup>25</sup> Cfr. art. 1, terzo comma, dello Statuto dell'UAAR (il corsivo è aggiunto). Sul punto cfr. D. BILOTTI, *L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR), membro associato della International Humanist and Ethical Union, come soggetto stipulante un'intesa con lo Stato, ex art. 8, III Cost.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, luglio 2011, 1 ss.; E. ROSSI, *Le "confessioni religiose" possono essere atee? Alcune considerazioni su un tema antico alla luce di vicende nuove*, *ivi*, 27/2014, 1 ss.

<sup>26</sup> Si guardi, ad esempio, la definizione contenuta nell'art. 19 della già citata proposta di legge recante «Norme in materia di libertà di coscienza e di religione», a cura di Astrid, a norma del quale «1. Agli effetti della presente legge, sono considerate confessioni religiose le formazioni sociali con fine costitutivo e prevalente di religione o di culto, dotate di struttura organizzativa propria e autonoma, anche di tipo federativo, e che rappresentano una specifica comunità di fedeli in tutto il territorio nazionale. 2. Per l'identificazione della natura religiosa della confessione valgono i criteri che qualificano nell'ordinamento dello Stato i fini e le correlative attività di religione o di culto. 3. Agli effetti della presente legge, si considerano comunque attività diverse da quelle di religione o di culto le attività di assistenza e beneficenza, di promozione sociale e volontariato, istruzione, educazione e cultura e, in ogni caso, le attività commerciali o a scopo di lucro».

<sup>27</sup> Sulla difficoltà di ricondurre a un'unica categoria una «realtà dai molteplici aspetti» come quella del confessionismo religioso cfr. già F. FINOCCHIARO, *Art. 8*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali, Art. 1-12*, Zanichelli-Soc. ed. del Foro it., Bologna-Roma 1975, 385 ss. Sul punto, cfr. anche N. COLAIANNI, *Confessioni religiose*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Giuffrè, Milano 2000, 364 s., il quale, nel sottolineare l'appartenenza delle confessioni religiose alla categoria delle formazioni sociali alle quali fa riferimento l'art. 2 Cost., afferma che le confessioni stesse, «come tutte le altre formazioni sociali, si compongono di un elemento materiale (una plurisoggettività organizzata) e di uno ideale, riguardabile sotto il profilo teleologico (scopo della formazione, che nel caso è religioso) e psicologico (coscienza, se non proprio volontarietà, dell'aderente di perseguire quello scopo); con l'avvertenza, essa pure comune a tutte le formazioni sociali, che lo scopo deve trascendere l'interesse dei singoli aderenti e non coincidere con quello generale dello Stato e, anzi, nel caso delle confessioni religiose, deve appartenere ad un altro "ordine" (arg. ex art. 7 comma 1 cost.)» (365).

affrontato il problema della natura confessionale di una formazione sociale, sono state impiegate espressioni linguistiche «fluide e modellabili»<sup>28</sup>. Si è così fatto uso di un criterio «giuridico», in base al quale la natura della confessione potrebbe stabilirsi «secondo i criteri che qualificano nell'ordinamento dello Stato i fini di religione e di culto»<sup>29</sup>; di uno «sociologico», secondo cui la natura di confessione risulterebbe anche «dalla comune considerazione»<sup>30</sup>; si è inoltre fatto riferimento ai «precedenti riconoscimenti pubblici»<sup>31</sup>, che, come precisato dalla Corte di cassazione<sup>32</sup>, sono desumibili dai provvedimenti emanati da qualsiasi autorità pubblica<sup>33</sup>; si è tenuto conto, infine, delle autoqualificazioni presenti negli statuti delle associazioni, anche se tale criterio non è stato considerato di per sé sufficiente<sup>34</sup>.

Allo stato, l'individuazione delle confessioni religiose è, dunque, appannaggio pressoché esclusivo dell'autorità giudiziaria, la quale, com'è stato detto, è chiamata a operare una ricognizione delle norme consuetudinarie di riconoscimento della natura del gruppo sociale<sup>35</sup>.

Se certo una previsione legislativa di riferimento potrebbe produrre il benefico effetto di porre un confine estremo alla discrezionalità dei giudici, il ruolo di questi ultimi appare comunque necessario e insostituibile in tale ambito, sia per la natura del fenomeno da accertare sia per la maggiore adeguatezza allo scopo degli strumenti giurisdizionali.

I problemi legati all'incertezza nell'identificazione delle confessioni religiose e al ruolo del Governo in tale ambito appaiono aggravati dalla circostanza che dal procedimento *ex art. 8*, terzo comma, Cost. si pretende troppo e lo si fa perché non sono stati definiti e resi disponibili a tutte le confessioni religiose quei «livelli essenziali» delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, tra cui dunque anche la libertà religiosa, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, ai sensi della lett. *m*) dell'art. 117, secondo comma, Cost. Soltanto dopo aver assicurato tali livelli, potrebbe darsi luogo a ulteriori differenziazioni, attraverso lo strumento dell'intesa; ma in mancanza di tale preconditione, l'intesa diventa lo strumento di accesso al paniere di diritti e prestazioni che tutte le confessioni dovrebbero avere secondo Costituzione.

Peraltro – detto per inciso –, ferme restando le previsioni contenute nell'art. 8 Cost., l'impostazione della questione relativa alla tutela e alla promozione del pluralismo in campo religioso che fa leva sulla mera natura confessionale del gruppo non è la sola immaginabile, se si pensa all'ampiezza della garanzia prevista, a un diverso livello, dall'art. 17 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, il quale, dopo aver affermato, al primo paragrafo, che «l'Unione rispetta e non pregiudica lo *status* di cui le chiese e le associazioni o comunità religiose godono negli Stati membri in virtù del diritto nazionale», precisa, al secondo, che l'Unione stessa «rispetta ugualmente lo *status* di cui godono, in virtù del diritto nazionale, le organizzazioni filosofiche e non confessionali». Il medesimo articolo, inoltre, stabilisce, al terzo paragrafo, che, «riconoscendone l'identità e il contributo specifico, l'Unione mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali chiese e organizzazioni»<sup>36</sup>.

<sup>28</sup> Così F. ALICINO, *Art. 8*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA e G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, *Principi fondamentali e Parte I - Diritti e doveri dei cittadini (Artt. 1-54)*, Il Mulino, Bologna 2018, 61.

<sup>29</sup> Cfr. [Corte cost., sent. n. 467/1992](#), punto 7 del *Cons. in dir.*

<sup>30</sup> Cfr. [Corte cost., sent. 195/1993](#), punto 5 del *Cons. in dir.*

<sup>31</sup> Ancora [Corte cost. sent. n. 195/1993](#), punto 5 del *Cons. in dir.*

<sup>32</sup> Cfr. Cass., sez. VI pen., sent. n. 1329/1997.

<sup>33</sup> Cfr., sul punto, ora F. ALICINO, *Art. 8*, cit., 61, il quale nota però che tale indirizzo rischia di «allargare eccessivamente i margini di discrezionalità di questo tipo di autorità, e in particolare di quelle afferenti al Governo».

<sup>34</sup> Cfr. [Corte cost., sent. nn. 467/1992 e 195/1993](#), nonché ancora Cass., sez. VI pen., sent. n. 1329/1997.

<sup>35</sup> Cfr., in tal senso, A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 5 s., nt. 18.

<sup>36</sup> Per un quadro delle diverse letture dell'art. 17 TFUE, si rinvia a D. BILOTTI, *L'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti (UAAR), membro associato della International Humanist and Ethical Union, come soggetto stipulante un'intesa con lo Stato, ex art. 8, III Cost.*, cit., spec. 6 ss. D'altro canto, sulla sussistenza di una serie di «indici normativi decisamente orientati verso la salvaguardia dei tratti caratteristici dei diritti ecclesiastici nazionali» cfr. A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei Paesi dell'Unione europea. Lineamenti di comparazione*, II ed., Giuffrè, Milano 2017, 254 ss.

Passando, poi, ad analizzare, nello specifico, l'ambito di esercizio dell'autonomia organizzativa e statutaria delle confessioni, si può notare, anche qui, come il legislatore veda limitata la propria azione da confini ben definiti e stringenti.

Con particolare riguardo al limite previsto dall'art. 8, secondo comma, Cost., in base al quale il diritto di organizzarsi secondo propri statuti può essere esercitato dalle confessioni religiose a condizione che gli statuti non contrastino con «l'ordinamento giuridico italiano», sono state proposte diverse ricostruzioni, alcune delle quali hanno fatto riferimento al limite dei riti contrari all'ordine pubblico e al buon costume, previsto dall'art. 1 della legge n. 1159/1929 sui culti ammessi<sup>37</sup>. Si è, tuttavia, notato che risulta assente dalle previsioni costituzionali in materia il riferimento all'ordine pubblico e che il limite del buon costume è espressamente riferito dall'art. 19 Cost. alla sola libertà individuale di religione e, oltretutto, a una specifica manifestazione della stessa, quella del culto<sup>38</sup>. Inoltre, si è rilevato che il limite dell'ordinamento giuridico non può tradursi nell'insieme di tutte le norme giuridiche vigenti nell'ordinamento stesso, poiché tale interpretazione vanificherebbe del tutto il riconoscimento costituzionale dell'autonomia statutaria delle confessioni religiose<sup>39</sup>. In merito, la Corte costituzionale ha chiarito che l'espressione «ordinamento giuridico italiano», contenuta nel terzo comma dell'art. 8, si può intendere riferita «solo ai principi fondamentali dell'ordinamento stesso e non anche a specifiche limitazioni poste da particolari disposizioni normative»<sup>40</sup>. Il Giudice delle leggi ha precisato, altresì, che lo Stato non può stabilire con legge i contenuti degli statuti, essendo preclusa ogni possibilità di una sua ingerenza «nell'emanazione delle disposizioni statutarie delle confessioni religiose»<sup>41</sup>.

Con la traduzione del limite dell'ordinamento giuridico italiano nell'insieme dei suoi principi fondamentali, l'ambito d'intervento del legislatore nella sfera dell'autonomia organizzativa e statutaria delle confessioni religiose viene notevolmente ridotto, dovendosi limitare lo stesso legislatore alla sola produzione delle norme direttamente e immediatamente attuative dei principi fondamentali. Di contro, il rispetto da parte del legislatore dei suddetti limiti è sottoposto ancora una volta al sindacato della giurisdizione costituzionale, che anche da questo punto di vista vede allargarsi il proprio campo d'azione.

##### *5. Legislazione e giurisdizione in rapporto all'autonomia confessionale: un bilancio*

Se si prova a fare un bilancio dell'esperienza repubblicana relativa al rapporto tra legislazione e giurisdizione nel riconoscimento e nella garanzia dell'autonomia confessionale, si può concludere che, al pari di quanto è accaduto in molti altri settori, la seconda ha assunto un ruolo notevolmente più importante della prima. Sia la definizione dei criteri utili all'identificazione delle confessioni religiose sia l'individuazione dei limiti all'esercizio dell'autonomia organizzativa delle stesse confessioni sono state operate dalla giurisdizione (costituzionale e comune). Il legislatore, di contro, non ha ancora provveduto ad adottare una disciplina generale sulla libertà religiosa, idonea ad assicurare quei «livelli essenziali» delle prestazioni che garantirebbero parità di trattamento a tutte le formazioni sociali di carattere religioso.

---

<sup>37</sup> Su tali ricostruzioni cfr. ora P. CARETTI, *Costituzione italiana. Art. 8*, Carocci, Roma 2017, 63 s.

<sup>38</sup> *Ivi*, 63.

<sup>39</sup> Cfr., in tal senso, P. CONSORTI, *Diritto e religione*, cit., 97.

<sup>40</sup> Così [Corte cost., sent. n. 43/1988](#), punto 2 del *Cons. in dir.* Con tale pronuncia si è dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 9 del r.d. n. 1279/1931 (*Norme sulle comunità israelitiche e sulla Unione delle comunità medesime*), che prevedeva i requisiti per l'eleggibilità dei componenti dei consigli delle Comunità israelitiche, poiché in contrasto con l'art. 8, secondo comma, Cost.

<sup>41</sup> Cfr. ancora [Corte cost., sent. n. 43/1988](#), punto 2 del *Cons. in dir.* Il Giudice costituzionale ha ribadito tale assunto nella successiva [sent. n. 259/1990](#), con la quale ha annullato le norme del r.d. n. 1731/1930 (*Norme sulle comunità israelitiche e sulla Unione delle comunità medesime*) che attribuivano la personalità giuridica di diritto pubblico alle Comunità israelitiche, in quanto contrastanti con il principio costituzionale dell'autonomia delle confessioni religiose e con il principio di laicità dello Stato.

D'altro canto, l'intervento del legislatore è necessario quanto quello del giudice, non essendo fungibile da parte di quest'ultimo. La giurisdizione assicura, infatti, la garanzia di libertà lese e la rimozione di disparità di trattamento in una prospettiva inevitabilmente episodica, occasionale, data la natura stessa e le modalità di esercizio tipiche di tale funzione. Anche se le pronunce demolitorie della Corte costituzionale hanno un'efficacia generale, esse originano da un caso specifico e non possono certo produrre una disciplina organica, in grado di garantire a tutti il godimento dei diritti in condizioni paritarie<sup>42</sup>. Obiettivo che può essere raggiunto soltanto da una normativa che tenga conto, in modo equilibrato, di tutti gli interessi in campo, alla quale faccia seguito un'attuazione coerente, supportata da un attento controllo giurisdizionale.

Proprio a causa della perdurante latitanza del legislatore, il quadro dei rapporti tra Stato e confessioni religiose presenta notevoli carenze. L'applicazione dello strumento dell'intesa ex art. 8, terzo comma, Cost., essendo stato impiegato soprattutto per sopperire alle discriminazioni determinate da una disciplina ormai inadeguata, non ha valorizzato, infatti, le differenze tra confessioni, ma, al contrario, ha agevolato un processo di omologazione della disciplina delle stesse<sup>43</sup>. E ciò benché il sistema delle intese, che ha preso avvio subito dopo il Concordato del 1984, abbia comunque prodotto effetti positivi, avendo segnato la riduzione della distanza tra le tutele assicurate dagli artt. 7 e 8 Cost.<sup>44</sup>. Tale sistema, d'altro canto, se ha determinato un'omologazione tra le confessioni che hanno raggiunto l'intesa, conserva importanti disparità di trattamento rispetto alle confessioni escluse, per le quali continuano ad applicarsi le disposizioni della vecchia legge sui culti ammessi del 1929, comunque largamente insufficienti, fatta eccezione per quelle incostituzionali<sup>45</sup>.

A ciò deve aggiungersi che alcuni degli interventi legislativi più recenti, anziché ridurre le disparità di trattamento, hanno introdotto ulteriori discriminazioni di dubbia costituzionalità. Si pensi a tutti i casi in cui il legislatore ha continuato a distinguere, per varie finalità, le confessioni munite d'intesa rispetto a quelle che ne sono prive, ad esempio nell'ambito delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, in quello del trattamento dei dati sensibili relativi alle convinzioni e alle appartenenze religiose o ancora in materia fiscale<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Sul punto, sia consentito rinviare al mio *I diritti senza legge*, in in questa *Rivista, Studi*, 2015/1, 10 ss.

<sup>43</sup> Cfr., in tal senso, per tutti R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico. Valori religiosi e società civile*, Giappichelli, Torino 1998, 92.

<sup>44</sup> Cfr., in tal senso, P. CARETTI, *Costituzione italiana. Art. 8*, cit., 61.

<sup>45</sup> Si vedano, in particolare, le previsioni contenute nell'art. 1 della legge n. 1159/1929, secondo cui «sono ammessi nello Stato culti diversi dalla religione cattolica apostolica e romana, purché non professino principi e non seguano riti contrari all'ordine pubblico o al buon costume»; nell'art. 2 della stessa legge, a norme del quale, per la trasformazione in enti morali degli istituti di culti diversi da quello cattolico, occorre un decreto del Presidente della Repubblica, da adottarsi su proposta del Ministro dell'Interno, sentiti il Consiglio di Stato e il Consiglio dei ministri; nonché nell'art. 3, secondo cui le nomine dei ministri dei culti diversi dalla religione cattolica devono essere sottoposte ad approvazione governativa (quest'ultima previsione è stata fatta salva dalla [sent. n. 59/1958](#) della Corte costituzionale limitatamente alle ipotesi in cui si riconoscano effetti giuridici agli atti dei ministri di culti diversi da quello cattolico).

<sup>46</sup> Così, ad esempio, l'art. 10, nono comma, del decreto legislativo n. 460/1997 (*Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale*) riconosce come organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) solo gli «enti ecclesiastici delle confessioni religiose con le quali lo Stato ha stipulato patti, accordi, intese» che esercitano una delle attività indicate alla lett. a) del primo comma del medesimo articolo.

Nell'ambito della disciplina del trattamento dei dati personali idonei a rivelare le convinzioni religiose, nonché l'adesione ad associazioni o organizzazioni a carattere religioso (c.d. dati sensibili), l'art. 22 del decreto legislativo n. 675/1996 subordinava il trattamento stesso al consenso scritto dell'interessato e all'autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali, prevedendo che tali garanzie non si applicassero ai dati inerenti agli appartenenti alle confessioni religiose munite di accordi o intese con lo Stato ai sensi degli artt. 7 e 8 Cost. e a quelli «relativi ai soggetti che con riferimento a finalità di natura esclusivamente religiosa hanno contatti regolari con le medesime confessioni, che siano trattati dai relativi organi o enti civilmente riconosciuti, sempreché i dati non siano comunicati o diffusi fuori dalle medesime confessioni», attribuendo a queste ultime il compito di determinare idonee garanzie in merito ai trattamenti stessi (art. 22, comma 1-bis, introdotto dall'art. 5 del decreto legislativo n. 135/1999). Successivamente il legislatore è intervenuto per eliminare la disparità di trattamento delle confessioni prive di intesa: v. ora art. 26, terzo comma, del decreto legislativo n. 196/2003, che esenta dalle previsioni contenute nel primo comma tutte le confessioni

La differenziazione discriminatoria, se non palesemente punitiva, nei confronti delle confessioni diverse da quella cattolica, e ancor più avverso quelle prive di intesa, appare oggi ispirata dalla tendenza a vivere la religione non già come un elemento privato e nemmeno come una dimensione sociale nell'ambito della quale salvaguardare il pluralismo, funzionalmente alla tutela della libertà di religione (secondo il paradigma accolto dalla Corte costituzionale sin dalla nota sent. n. 203 del 1989<sup>47</sup>), ma come un «elemento fondante l'identità collettiva»<sup>48</sup>. Si tratta di una tendenza animata da un sentire poco sensibile al valore delle diversità e incline, piuttosto, a una semplificazione riduzionistica della complessità sociale, in linea con l'orientamento populista di alcune diffuse visioni dei rapporti tra autorità e libertà<sup>49</sup>. In tale prospettiva, è messa in discussione la stessa legittimazione degli organi giurisdizionali e, in genere, delle istituzioni di garanzia a intervenire sulle determinazioni degli organi d'indirizzo politico, i soli ritenuti in grado di dare espressione all'identità collettiva dominante.

Non è dato sapere se il modello della democrazia pluralista resisterà, e in che modo, all'attuale temperie culturale, ma è certo che uno dei campi fondamentali nei quali si misurerà la sua capacità di continuare a fornire risposte soddisfacenti alle istanze sociali è quello dei fenomeni religiosi. La conservazione del pluralismo in tale ambito è, al tempo stesso, una delle finalità principali delle istituzioni liberaldemocratiche e una delle condizioni necessarie per la loro sopravvivenza, oggi minacciata da forze politico-sociali promotrici di modelli organizzativi d'ispirazione identitaria che lasciano ben poco spazio al riconoscimento di un'effettiva libertà religiosa.

---

religiose, indipendentemente dal fatto che abbiano stipulato o meno intese con lo Stato, e i soggetti che, con riferimento a finalità di natura esclusivamente religiosa, abbiano contatti regolari con le medesime.

In ambito di legislazione fiscale, si pensi, infine, alla destinazione dell'otto per mille del gettito IRPEF: l'art. 47, secondo comma, della legge 222/1985 prevede che una quota pari all'otto per mille dell'imposta sul reddito sia, in parte, destinata «a scopi di interesse sociale o di carattere umanitario a diretta gestione statale e, in parte, a scopi di carattere religioso a diretta gestione della Chiesa cattolica»; l'art. 46 della stessa legge dispone inoltre una detrazione fiscale per chi eroga somme in denaro a favore dell'Istituto centrale per il sostentamento del clero. Questo sistema è stato esteso anche ad altre confessioni che abbiano stipulato intese, ma non a quelle che ne sono prive: cfr., sul punto, P. CARETTI, *Costituzione italiana. Art. 8*, cit., 72 ss.

<sup>47</sup> Dopo la quale si vedano, tra le altre, le [sentt. nn. 440/1995](#), [329/1997](#), [508/2000](#), [63/2016](#) e [67/2017](#). Si tratta, com'è noto, di una «concezione positiva o *ouverte* di laicità che, lungi dall'ignorare il fattore religioso, consente sia forme di accordo o di collaborazione istituzionale tra lo Stato e una pluralità di chiese, sia di forme di intervento finanziario dello Stato a favore delle confessioni»: così B. RANDAZZO, *Art. 8*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, UTET, Torino 2006, 197. Gli interventi promozionali, tuttavia, non dovrebbero produrre, come si è detto, situazioni d'ingiustificata disparità di trattamento tra le confessioni.

<sup>48</sup> Cfr., in tal senso, ancora P. CARETTI, *Costituzione italiana. Art. 8*, cit., 108.

<sup>49</sup> In tema, sia consentito rinviare alle osservazioni già svolte nei miei [La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/I](#), 97 ss. e [Il principio personalista nell'era dei populismi](#), [ivi](#), [2019/I](#), 359 ss.

**Antonio Ruggeri**

## **Rischi d'involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia\***

SOMMARIO: 1. Cos'è la democrazia e come “misurarne” l'effettivo vigore o il “livello” raggiunto nel singolo ordinamento. – 2. La osservazione delle vicende del valore democratico dalla prospettiva, particolarmente illuminante, dei diritti fondamentali e dei doveri (in ispecie, di fedeltà alla Repubblica e di solidarietà) dal cui adempimento in larga parte discende la soddisfazione dei primi, l'illusione della democrazia (pseudo)diretta e il bisogno di preservare la democrazia rappresentativa quale condizione della democrazia *tout court*. – 3. La miscela esplosiva cui danno vita il nazionalismo e il populismo dilaganti e l'appartenenza all'Unione quale garanzia della democrazia e fattore di crescita della pianta dei diritti, per effetto del ruolo giocato dalle Corti europee e del “dialogo” che esse intrattengono con i giudici nazionali. – 4. Un ossimoro apparente, risultante dal fatto che si contrae la sovranità e si espandono i diritti, il suo superamento alla luce di un'accezione di sovranità assiologicamente orientata e specificamente volta all'appagamento dei diritti, il massimo possibile alle condizioni oggettive di contesto, la torsione grave dei ruoli istituzionali che si accompagna alla gestione degli stati di emergenza. – 5. Le conferme che si hanno a riguardo del fatto che l'appartenenza all'Unione è di per sé un argine a possibili derive autoritarie.

### *1. Cos'è la democrazia e come “misurarne” l'effettivo vigore o il “livello” raggiunto nel singolo ordinamento*

La relazione tra l'integrazione sovranazionale e il valore democratico presenta molte facce, ciascuna diversa dalle altre anche in rilevante misura, prestandosi quindi ad essere osservata da più angoli visuali, con esiti ricostruttivi parimenti diversi.

Muovo da un dato che è da considerare ormai acquisito: quello per cui il valore democratico (nell'accezione del termine d'ispirazione liberale<sup>1</sup>) si pone a base portante dell'adesione all'Unione, nonché quale condizione della permanenza in essa; questa è d'altronde – come si sa – la ragione stessa della nascita delle Comunità, a partire dalla CECA<sup>2</sup>. È alla luce di quest'autentico “metaprincipio” che vanno letti i principi fondamentali dell'Unione, tra i quali – per ciò che è di specifico interesse per questo studio – quello di cui all'art. 4.2 TUE, che chiama l'Unione a prestare osservanza ai principi di struttura dell'ordinamento di ciascuno Stato membro<sup>3</sup>, una osservanza che

---

\* *Relazione al Convegno su Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici, Reggio Calabria, 7 novembre 2019, alla cui data lo scritto è aggiornato.*

<sup>1</sup> “Democratici” si autodefinivano (e si autodefiniscono) anche ordinamenti assai diversi per organizzazione ed ispirazione ideologica da quelli di tradizioni liberali, ma – com'è chiaro – si tratta di un uso strumentale del termine.

<sup>2</sup> Sappiamo tutti, poi, ciò che spinse gli Stati Uniti a mettere a punto il piano Marshall (l'*European Recovery Program*), al quale in un primo tempo era stata sollecitata a partecipare l'Unione Sovietica, che però rifiutò l'offerta, obbligando anche i Paesi che ne erano satelliti a fare altrettanto. L'*Organization for European Economic Cooperation*, allo scopo istituita, aveva infatti per obiettivo politico il rafforzamento negli Stati coinvolti nel secondo conflitto bellico dei principi caratterizzanti il liberalismo, ponendo un argine alla temuta involuzione autoritaria della struttura costituzionale degli ordinamenti in via di ricostruzione a seguito della sconfitta dei regimi illiberali responsabili del conflitto stesso. Non a caso, la prima Comunità venuta alla luce si prefiggeva il fine specifico di mettere sotto controllo la produzione delle materie prime (il carbone e l'acciaio) necessarie alla costruzione delle armi; e, parimenti non a caso, di lì a breve vedrà la luce l'Euratom, con le medesime finalità estese alla energia atomica (per un chiaro affresco storico-politico di queste ormai lontane vicende, v. P. COSTANZO, *Le tappe dell'edificazione euorunitaria: dall'idea d'Europa all'Unione europea*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*<sup>5</sup>, Torino 2019, 23 ss.).

<sup>3</sup> Riferimenti al riguardo, nella ormai nutrita schiera di scritti venuti alla luce in relazione all'enunciato suddetto, tra gli altri e di recente, in G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli 2017, e, dello stesso, ora, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 333 ss.; D. GALLO, *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di*

è, dunque, da considerare condizionata alla conformità dei principi medesimi, nel loro farsi diritto vivente, al valore democratico. Nel momento in cui dovesse dunque constatarsi che quest'ultimo non risulti più effettivamente osservato nello stesso Stato nel quale pure è solennemente riconosciuto, verrebbe meno il vincolo di cui al disposto sopra cit.; l'art. suddetto, insomma, richiede di essere inteso e messo in atto in senso conforme a quanto dispone l'art. 2 del Trattato, e sta per ciò fintantoché sta quest'ultimo, da cui riceve luce ed orientamento<sup>4</sup>. Allo stesso tempo, dovrebbero essere sollecitamente attivate le procedure per la espulsione dello Stato dall'Unione; ciò che – come si dirà a momenti – appare essere cosa estremamente disagiata da mettere in atto sia per l'aspetto giuridico-procedimentale e sia pure (e soprattutto) per quello politico-sostanziale.

Si pongono, a questo punto, due preliminari questioni di cruciale rilievo.

La prima è come accertare l'effettivo vigore del valore in discorso o, meglio – ché di questo, a conti fatti, alle volte si tratta –, come stabilire qual è la “misura” del vigore stesso. Non si trascuri infatti la circostanza per cui l'affermazione di un fatto costituente<sup>5</sup> potrebbe non avvenire *ex*

*forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *Dir. Un. Eur.*, 2/2017, 249 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli 2018; , *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, a cura di C. Amalfitano, Milano 2018; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss., e, dello stesso, ora, *L'idea di “concorrenza” fra Corti nel diritto costituzionale europeo, paper in vers. provv. illustrato all'incontro di studi su Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, Torino 17-18 ottobre 2019; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l'interpretazione dell'“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne*, Torino 2018, 859 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 20/2018, 24 ottobre 2018, spec. §§ 5 e 6; F.-X. MILLET, *Plaidier l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 831 ss.; v., inoltre, i contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna - C. Fasone - G. Piccirilli, in *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018, 205 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Napoli 2018, spec. 82 ss. e 163 ss.; C. PANZERA, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della “doppia fedeltà”. L'esperienza italiana*, Relaz. al Convegno del “Gruppo di Torino” su *La Constitución como pacto*, Valencia, 23 marzo 2019, in *Rev. gen. der. cost.*, 29/2019; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Milano 2019, 338 ss., e, della stessa, *Unità nella diversità o diversità nella unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](http://Rivista AIC), 2/2019, 9 giugno 2019.

<sup>4</sup> Per ragioni altrove esposte e che non possono essere ora nuovamente esplicitate, a mia opinione l'interpretazione c.d. “conforme” è una *species* dell'interpretazione sistematica (o, meglio, è la stessa nella sua più densa accezione, d'ispirazione assiologico-sostanziale) e richiede pertanto di essere fatta valere anche all'interno di uno stesso documento normativo, orientando la lettura degli enunciati espressivi di regole verso quella degli enunciati espressivi di principi e tutti, poi, verso il “metaprinzipio” della dignità della persona umana, per la cui salvaguardia le Costituzioni del secondo dopoguerra sono venute alla luce (maggiori ragguagli, ora, nel mio [Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale](http://Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale), in questa [Rivista, Studi 2019/III](http://Rivista, Studi 2019/III), spec. 580 ss.). L'organizzazione all'insegna del principio democratico ha, dunque, quest'orientamento di scopo e non può essere colta ed apprezzata, in ciascuno degli elementi che la compongono ed in tutti assieme, al di fuori del suo necessario riporto al valore “supercostituzionale” – come lo si è altrove chiamato – della dignità: *fine* e *confine* della organizzazione stessa [sul principio personalista, v., ora, A. MORELLI, [Il principio personalista nell'era dei populismi](http://Il principio personalista nell'era dei populismi), in questa [Rivista, Studi 2019/II](http://Rivista, Studi 2019/II), 359 ss., nonché, se si vuole, il mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 17/2013, 28 agosto 2013; del carattere “supercostituzionale” della dignità si è cominciato a discorrere a partire da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; si sono, tra gli altri, rifatti a questa indicazione teorica C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Torino 2011, 239 ss.; G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Roma 2015; C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Milano 2015, 205 ss.; L. PEDULLÀ, *La dignità della persona nel prisma delle giurisdizioni*, in *Ann. dir. cost.*, Bologna 2017, spec. 157 ss.].

<sup>5</sup> Do qui per acquisito che, contrariamente all'avviso di un'accreditata dottrina propensa a considerare “esaurita” la nozione e funzione della categoria teorica del potere costituente (riferimenti in M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in , *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, a cura di E. Ripepe - R. Romboli, Torino 1995, 29 e M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss.),



*abrupto* ed in forme clamorose e vistose (con i carri armati nelle piazze, l'occupazione delle sedi istituzionali, le deportazioni di massa, ecc.) ma potrebbe aversi nel lungo periodo ed a piccoli passi, in forme striscianti e poco appariscenti, sì da rendersi assai problematico l'accertamento del momento in cui la quantità si fa qualità, assistendosi perciò al trapasso dall'uno all'altro ordinamento, nel segno della discontinuità costituzionale.

A mia opinione, così vanno d'altronde le cose con riguardo al *processo costituente europeo* in corso, con due non secondarie precisazioni che meritano di essere fatte in relazione allo stesso e che lo distinguono – così, perlomeno, pare – dai processi costituenti affermatasi in ambito statale.

La prima è che è da mettere in conto la eventualità che esso non pervenga mai a maturazione, rimanga cioè in uno stato di perenne evoluzione (magari in forme viepiù avanzate e peculiari) ma non vada incontro all'esito proprio dei processi statali che o riescono a chiudersi positivamente, portando all'avvento di un nuovo ordine costituzionale, ovvero falliscono, determinando la conseguente restaurazione dell'ordine preesistente.

La seconda è che il processo costituente europeo, quand'anche dovesse pervenire alla meta, non porterebbe all'effetto dell'abbattimento delle strutture costituzionali preesistenti negli Stati membri ma, all'inverso, alla loro riconferma e – come si dirà a breve – accresciuta salvaguardia, in linea con l'indicazione risultante dal già richiamato art. 2 TUE che, in tal modo, si conferma essere principio fondamentale dell'Unione così com'è e di come potrebbe essere, vale a dire ponte tra il diritto eurounitario della transizione e lo stesso ad unificazione giunta ormai a compiuta maturazione<sup>6</sup>. In altri termini, agli ordinamenti costituzionali degli Stati si aggiungerebbe quello dell'Unione, gli uni e l'altro chiamati a darsi mutuo sostegno ed alimento, all'insegna del *principium cooperationis* che già oggi sta a base delle più salienti dinamiche istituzionali caratterizzanti le loro relazioni.

La seconda questione di ordine preliminare, alla quale peraltro si è già fatto cenno, è che non è detto che sia materialmente possibile e comunque agevole per lo Stato uscire volontariamente dall'Unione<sup>7</sup> né per l'Unione espellere lo Stato, salvo il ricorso alla farragginosa procedura della

dei fatti costituenti possa aversi riscontro anche negli ordinamenti dalle risalenti tradizioni liberal-democratiche (a riguardo dei limiti alla revisione costituzionale, di recente, v. , *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Napoli 2019, nonché F. FERRARI, *Studio sulla rigidità costituzionale. Dalle Chartes francesi al Political Constitutionalism*, Milano 2019, e M. CALAMO SPECCHIA, *Parlamento e revisione costituzionale tra garanzie procedurali, diritti di partecipazione e tendenze maggioritarie*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 33 ss.). L'intera riflessione che si va ora svolgendo, d'altronde, s'inscrive in questa cornice teorica; e debbo qui rinnovare l'invito, già indirizzato in tempi non sospetti (v., ad es., il mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*<sup>5</sup>, Torino 2009, 34 ss., spec. 39 ss.), a non confondere i desideri con la realtà, assumendo con fiducioso (ma ingenuo) ottimismo che la conquista dei valori delle liberal-democrazie sia da considerare definitiva ed irreversibile [ancora non molto tempo addietro, una sensibile dottrina ha avvertito dei rischi che si corrono a considerare la democrazia "eterna", "una forma istituzionale che si regge da sé, che non necessita di cure e d'interventi e che può sopravvivere a tutto, a qualunque attacco": A. MORELLI, *Il fascismo (storico) non tornerà ma la democrazia (costituzionale) non può resistere a tutto*, in [laCostituzione.info](http://laCostituzione.info), 12 agosto 2019]. Il vero è che, proprio quando la guardia si abbassa, là subdolamente si annida la minaccia di una involuzione ordinamentale. Faccio, dunque, mio il severo monito impartito da Papa Francesco nel corso di un'intervista a *La Stampa* del 9 agosto 2019, nella quale si è detto "preoccupato perché si sentono discorsi che assomigliano a quelli di Hitler nel 1934". Degna di nota, poi, la preoccupazione manifestata dal Presidente del Consiglio G. Conte in occasione delle sua dichiarazioni rese al Senato il 20 agosto 2019 a fronte della richiesta avanzata dal Ministro dell'interno di essere investito dal corpo elettorale di "pieni poteri", aggiungendosi che "il principio dei pesi e contrappesi è assolutamente fondamentale perché sia garantito il necessario equilibrio al nostro sistema democratico e siano precluse derive autoritarie".

<sup>6</sup> È fuor di dubbio, infatti, che il principio di cui all'art. 4.2, cit., seguirà a porsi a base anche della futura organizzazione dell'Unione, non accettando altrimenti gli Stati che la compongono il proprio suicidio politico-istituzionale. È, dunque, da ritenere che risulteranno di conseguenza ulteriormente accresciute le garanzie dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali, difendibili già in ambito di Unione attraverso la impugnazione degli atti di quest'ultima che dovessero recare loro offesa davanti alla Corte di giustizia, oltre che – naturalmente – "a valle", opponendo al loro ingresso in ambito interno i "controlimiti".

<sup>7</sup> L'annosa e sofferta vicenda della *Brexit docet*. In tema, v. il *No-Deal Readiness Report*, presentato dal Governo inglese al Parlamento nell'ottobre 2019 (in [www.gov.uk](http://www.gov.uk)) e, da ultimo, la decisione del Consiglio Europeo *Decision taken in agreement with the United Kingdom extending the period under Article 50(3)TEU*, 28 ottobre 2019, in [Astrid](http://Astrid),

sottoscrizione di un nuovo trattato da parte di tutti gli Stati ad eccezione di quello ormai allontanatosi dalla liberal-democrazia.

È poi chiaro che l'accertamento riguardante siffatto allontanamento presuppone che si siano in precedenza fissati i tratti qualificanti e più genuinamente espressivi di un ordinamento "democratico"<sup>8</sup>. La qual cosa non è affatto agevole, ove si convenga in premessa che i principi fondamentali si evolvono, pur nel segno della sostanziale continuità e fedeltà alla loro matrice originaria, e che perciò l'idea di democrazia, anche a restare dentro la cornice dei modelli di tradizioni liberali, può legittimamente essere declinata al plurale (gli stessi Stati membri dell'Unione non sono affatto l'uno un clone dell'altro, e ciò può ovviamente valere anche per future adesioni). D'altro canto, le pretese di democrazia, al pari di quelle riguardanti il godimento dei diritti fondamentali, sono col tempo accresciute. Nessuno oggi si scandalizza davanti all'uso del sintagma "democrazia ateniese", alla quale peraltro le stesse liberal-democrazie di fine Settecento e primo Ottocento si sono in parte ispirate, pur nella consapevolezza che la stessa conosceva la schiavitù e gravi discriminazioni tra gli stessi cittadini attivi. È del tutto ovvio, dunque, che la "misurazione" del tasso di democraticità di un ordinamento debba tenere conto di siffatta evoluzione registratasi negli stessi Paesi che si autoqualificano come "democratici".

Pur nei tratti ad ogni buon conto peculiari di ciascuno di essi, a me pare che resista ad oggi l'aureo insegnamento consegnatoci dai rivoluzionari francesi con la Dichiarazione dei diritti del 1789, nella parte in cui individua i due elementi costitutivi dell'idea di Costituzione nel riconoscimento dei diritti fondamentali e nella separazione dei poteri, elemento quest'ultimo peraltro – come si sa – pensato in funzione della salvaguardia del primo, nel quale dunque si riassume e mirabilmente esprime l'essenza stessa della Costituzione (in accezione liberal-democratica<sup>9</sup>) e dello Stato che da essa prende il nome<sup>10</sup>.

---

In dottrina, tra i molti altri, i contributi che sono in *Ist. fed.*, 2016, num. spec. dedicato a *Brexit: la fine dell'Europa o la fine del Regno Unito?*; P. MARIANI, *Lasciare l'Unione Europea. Riflessioni giuridiche sul recesso nei giorni di Brexit*, Milano 2018; , *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, a cura di M.C. Baruffi - M. Ortino, Bari 2018; A. TANCA, *Brexit: l'esito di una relazione problematica*, in *Quad. cost.*, 2/2018, 341 ss.; F. SAVASTANO, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Torino 2019; C. AMALFITANO, *Brexit ed elezioni del Parlamento europeo*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 9/2019, 8 maggio 2019, e, nella stessa *Rivista*, ora, O. CHESSA, *La Suprema Corte del Regno Unito difende (e definisce) la sovranità (e il governo) parlamentare*, 19/2019, 16 ottobre 2019, e F.F. PAGANO, *Le cronache della Brexit: il Parlamento, il Governo, il Monarca (e le Corti) nella fase di "transizione" dell'ordinamento costituzionale del Regno Unito*, 20/2019, 30 ottobre 2019; ancora nella stessa *Rivista*, gli interventi al Seminario *Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, svoltosi all'Università di Siena il 13 maggio 2019, in *Osservatorio Brexit*, 23 ottobre 2019; infine, F. ROSA, *Brexit e la rivincita del Parlamento?*, in [Osservatorio AIC](http://OsservatorioAIC.it), 6/2019, 5 novembre 2019. Con specifico riferimento al nostro ordinamento, v., part., R. BIN, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 813 ss., e A. MIGLIO, *Le incertezze dell'Italexit tra regole costituzionali interne e diritto dell'Unione europea*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 12/2019, 19 giugno 2019.

<sup>8</sup> Su ciò, di recente, la sintetica ma densa riflessione di M. CARTABIA, *Nelle forme e nei limiti della Costituzione*, Presentazione del Rapporto annuale dell'Associazione Italiadecide dal titolo *Democrazia degli interessi e interessi della democrazia. Migliorare la qualità della decisione pubblica*, Roma 25 marzo 2019, testo provv., in [Astrid](http://Astrid.it).

<sup>9</sup> Non riprendo qui la vessata questione (sulla quale si sono cimentati studi teorici particolarmente approfonditi (per tutti, v. quelli di A. SPADARO, che ne ha trattato a più riprese: nella sua forma più organica, nel suo *Contributo per una teoria della Costituzione. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994; da ultimo, v. anche O. CHESSA, *Alcune osservazioni critiche al «pluralismo costituzionale» di Antonio Ruggeri*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](http://Forum di Quaderni Costituzionali), 11 ottobre 2019) se il termine "Costituzione" possa essere utilizzato anche con riguardo ad ordinamenti di tradizioni diverse da quelle che stanno a base delle liberal-democrazie. Riferendosi l'analisi che si va ora facendo ai soli ordinamenti (e, segnatamente, al nostro) la cui struttura s'informa alle tradizioni suddette, il punto, infatti, seppur di centrale rilievo, può essere qui tralasciato. Ad ogni buon conto, l'opzione per una larga accezione del termine è nel mio *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*<sup>5</sup>, cit., cap. I, laddove è accolta un'idea di Costituzione frutto dell'apporto congiunto di orientamenti metodico-teorici d'ispirazione istituzionista, normativista ed assiologica, un'idea peraltro che si porta oltre la tesi, ancora oggi assai accreditata, che intravede un rapporto di corrispondenza biunivoca tra Costituzione e Stato. A mia opinione, infatti, il termine suddetto può, già nella presente congiuntura connotata da un processo costituente europeo in divenire, farsi valere altresì per organizzazioni quale l'Unione, che sono delle "istituzioni" (in accezione romaniana) dotate di un patrimonio di fini-valori che ne orientano l'azione e di un apparato

È poi chiaro che il riconoscimento in parola può farsi con maggiore o minore estensione ed essere dotato di garanzie ora più ed ora meno efficaci. E, invero, è assai arduo argomentare la tesi secondo cui ogni ordinamento costituzionale riconosce i medesimi diritti, tutti in tesi inviolabili, per riprendere la qualifica che ne dà l'art. 2 della nostra Carta. Per quanto, infatti, di "riconoscimento" (nella sua ristretta e propria accezione) debba parlarsi, non si tratta di dar voce ad un patrimonio di diritti – come soleva dire San Tommaso – iscritti nel cuore di ciascun essere umano e, come tali, bisognosi unicamente di essere disvelati e, appunto, protetti. È innegabile, infatti, il significato ed il valore della "razionalizzazione" costituzionale, che non è mai, in nessun luogo o tempo, meramente esplicitativa<sup>11</sup> né si presenta con connotati di uguale intensità (basti solo por mente alla diversa accezione ed al diverso grado di protezione assicurato all'eguaglianza, solo in alcuni ordinamenti declinata anche in senso sostanziale e non in tutti volta a colpire i medesimi fattori di discriminazione).

Diciamo, dunque, che c'è una base generalissima comune su cui poggiano edifici di diversa forma, altezza, struttura portante; non a caso, peraltro, si è soliti, giustamente, discorrere di "liberal-democrazie", rimarcando il loro carattere plurale anche in profili di non secondario rilievo.

Ora, se il "livello" – se così vogliamo chiamarlo – di democrazia raggiunto da ciascun ordinamento può essere, così com'è, anche sostanzialmente diverso, diventa assai complicato – come si diceva – stabilire quando l'abbassamento dello stesso si porta oltre una certa soglia, varcata la quale lo scadimento da quantitativo si converte in qualitativo, finendo con il pregiudicare il valore in sé e fare da ostacolo a che l'etichetta che lo identifica e connota seguiti ad essere utilizzata in modo appropriato. Per fare un paragone con un'esperienza che pure riguarda da presso il tema

---

preposto al loro raggiungimento, il quale nondimeno richiede la fattiva cooperazione degli Stati. È pur vero, poi, che anche questi ultimi, in un contesto segnato da mutue implicazioni di ordine politico-istituzionale, economico, culturale (in senso lato), hanno bisogno di appoggiarsi all'Unione al fine di poter dare congruo appagamento agli interessi demandati alla loro cura. E, invero, nessun ordinamento – lo si vedrà meglio più avanti – è ormai più *pleno iure* "sovrano", così come si ritenevano essere un tempo gli Stati, tutti dovendosi dare sostegno a vicenda. È, dunque, innegabile che, a tutt'oggi, *dal punto di vista interno*, le limitazioni di sovranità, alle quali fa riferimento l'art. 11 della Carta, siano delle "autolimitazioni", ma è parimenti innegabile che tali sono, *dal punto di vista dell'Unione*, anche quelle di cui è parola nell'art. 4.2 TUE, le une e le altre giustificandosi nei valori fondamentali che accomunano l'Unione e gli Stati-membri, dei quali dà testimonianza l'art. 2 del Trattato, potendosi pertanto far valere – come si è veduto – fintantoché la comunanza stessa risulti, perlomeno nel suo nucleo duro indisponibile, effettiva.

D'altro canto, la dottrina corrente dei "controlimiti", dalla quale pure in altri luoghi ho preso le distanze, non ne predica forse l'intangibilità proprio in nome della salvaguardia dei valori suddetti? E, però, ancora una volta, non è parimenti vero che gli stessi (e, segnatamente, i diritti fondamentali che ne sono il cuore pulsante) possono talora essere ancora meglio salvaguardati in ambito sovranazionale piuttosto che in quello interno? O, forse, si reputa in tesi (assiomaticamente enunciata) che i diritti non possano mai ricevere un'ancora più appagante tutela fuori delle mura della cittadella statale? (V., infatti, quanto se ne dirà di qui a breve).

<sup>10</sup> Sui più salienti sviluppi dello Stato costituzionale, v., tra gli altri, AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Bologna 2012 (ed *ivi*, part., L. FERRAJOLI, *Lo stato costituzionale, la sua crisi e il suo futuro*, 309 ss.); S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2016, 331 ss.; A. SPADARO, *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo Stato*, 8/2017, 139 ss.; V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto e il ruolo del giudice, oggi*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 1/2018, 7 maggio 2018, e, se si vuole, il mio *Lo Stato costituzionale e le sue "mutazioni genetiche"*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 837 ss.

<sup>11</sup> È bensì vero, infatti, che il diritto in genere (e costituzionale in specie) è, per sua indeclinabile vocazione, portato a far emergere ed a dar voce a quanto è più profondamente radicato nel corpo sociale, secondo una indicazione teorica già risalente alla tradizione romanistica e posta quindi a base della fondazione della scienza del diritto pubblico in Italia [riferimenti nel mio *La "materia" costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in [Rivista AIC](http://Rivista AIC), 4/2017, 12 dicembre 2017]; ma è parimenti innegabile che, per il fatto stesso della positivizzazione, si avviano processi politico-istituzionali e normativi dapprima imprevedibili, idonei ad incidere, in maggiore o minore misura, sulla realtà preesistente, con un moto di mutua influenza tra "fatto" e norma (specie costituzionale) che da se medesimo si ricarica nel circuito in cui tutti s'immettono e svolgono.

che ci occupa, si tratta, in altri termini, di stabilire quali siano i “livelli essenziali delle prestazioni” di cui il valore democratico ha bisogno e quale, dunque, il metro idoneo a darne la misurazione<sup>12</sup>.

2. *La osservazione delle vicende del valore democratico dalla prospettiva, particolarmente illuminante, dei diritti fondamentali e dei doveri (in ispecie, di fedeltà alla Repubblica e di solidarietà) dal cui adempimento in larga parte discende la soddisfazione dei primi, l'illusione della democrazia (pseudo)diretta e il bisogno di preservare la democrazia rappresentativa quale condizione della democrazia tout court*

Il riferimento ai diritti fondamentali, nei quali è il cuore pulsante dello Stato costituzionale, evoca poi naturalmente in campo quello ai doveri inderogabili (e, *per ciò stesso*, essi pure fondamentali)<sup>13</sup>. Inscindibili appaiono infatti essere le implicazioni che tra di essi s'intrattengono, per plurime ragioni, le principali delle quali sono *a*) quella per cui in seno alla struttura dei diritti fondamentali – come si è tentato in altri luoghi di mostrare<sup>14</sup> – si rinviene una componente deontica e *b*) l'altra per cui i diritti possono, sì, essere astrattamente riconosciuti – come lo sono negli ordinamenti appartenenti alla grande famiglia delle liberal-democrazie – ma possono ricevere effettiva tutela (quanto meno, una complessivamente appagante) solo laddove si abbia l'adempimento diffuso in seno alla collettività dei doveri, a partire da quelli di fedeltà alla Repubblica e di solidarietà, dal cui congiunto apporto soltanto può avere modo di essere salvaguardata la dignità della persona<sup>15</sup>.

Qui è il punto cruciale della questione oggi discussa. La prospettiva dei doveri appare infatti essere particolarmente illuminante per la verifica della perdurante implementazione nell'esperienza del valore democratico, in alcune delle sue più salienti espressioni. Dove infatti non v'è, in modo diffuso, fedeltà alla Repubblica, nella sua densa accezione che la vuole riferita al patrimonio complessivo dei fini-valori costituzionali, né adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, in ciascuna delle loro manifestazioni, mirabilmente sintetizzate nell'art. 2 della Carta, ed in tutte assieme, ebbene lì non può esservi neppure democrazia, che implica l'idea del servizio che ciascun componente la comunità organizzata è chiamato a rendere agli altri, in ispecie alle persone maggiormente vulnerabili ed esposte, agli ultimi, ai diseredati sociali, più ancora nei frangenti in cui essi ne hanno impellente bisogno. È proprio questo, infatti, il collante che ci fa tutti “comunità”, partecipi di uno stesso destino collettivo, accomunati da una stessa identità costituzionale, nella sua

<sup>12</sup> D'altro canto, è di tutta evidenza che, non raggiungendosi i livelli stessi da parte della disciplina statale chiamata dall'art. 117, II c., lett. *m*) a definirli ovvero pregiudicandosi la tutela da essa apprestata dalle leggi regionali, verrebbero sacrificati i diritti fondamentali e, allo stesso tempo, colpito al cuore il valore democratico, nel suo fare “sistema” con i valori fondamentali restanti.

<sup>13</sup> Per questa opportuna precisazione, v., part., A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 1/2006, 167 ss.

<sup>14</sup> Ancora A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, cit., nonché in scritti successivi, a firma separata, di entrambi gli autori. Cfr., in tema, ora, *La doverosità dei diritti. Analisi di un ossimoro costituzionale?*, a cura di F. Marone, Napoli 2019.

<sup>15</sup> Sui doveri in parola, v., quanto al primo, dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, part., A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano 2013, e, ora, G.M. SALERNO, *La fedeltà alla Repubblica: alla ricerca dei caratteri essenziali*, in *Dir. cost.*, 2/2019, 85 ss.; sul secondo, riferimenti in G. BASCHERINI, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 245 ss., nonché nel mio *Cittadini, immigrati e migranti, alla prova della solidarietà*, in *Dir., imm., citt.*, 2/2019, 1 luglio 2019, cui adde, ora, J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Solidariedad, deberes y Constitución: algunos apuntes conceptuales*, in *Dir. cost.*, 2/2019, 11 ss.; V. BALDINI, *Unità dello Stato e dinamiche delle autonomie territoriali*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 13/2019, 3 luglio 2019; F. GIUFFRÈ, *Alle radici dell'ordinamento: la solidarietà tra identità e integrazione*, in [Rivista AIC](http://Rivista AIC), 3/2019, 4 settembre 2019, 555 ss., e, con specifica attenzione ai bisogni delle generazioni future, A. SAIITA, *Dal bilancio quale “bene pubblico” alla “responsabilità costituzionale democratica” e “intergenerazionale”*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 216 ss., spec. 223 ss.

densa ed internamente articolata accezione. È infatti da tener fermo un esito teorico-ricostruttivo altrove raggiunto, secondo cui l'identità costituzionale, assiologicamente intesa, proprio perché riferita ai principi fondamentali dell'ordinamento nel loro fare "sistema", non va vista nel chiuso dell'ordinamento cui si riferisce; e ciò, per la elementare ragione che tra i principi in parola vi è anche quello dell'apertura ad altri ordinamenti (per ciò che qui specificamente interessa, dell'ordinamento statale alla Comunità internazionale ed all'Unione europea e di queste a quello). L'art. 4.2, più volte richiamato, in specie, come si è fatto notare da una sensibile dottrina<sup>16</sup>, è norma fondamentale di cerniera interordinamentale, testimoniando una integrazione già in corso (ed in alcune sue espressioni particolarmente avanzata), seppur – come si diceva – non ancora compiutamente matura. Se ne ha che sia l'identità costituzionale dello Stato che quella dell'Unione presentano – come si è altrove rilevato<sup>17</sup> – una struttura internamente composita, in ciascuna di esse rinvenendosi elementi costitutivi dell'altra. È per ciò che la violazione dei principi di struttura di diritto interno da parte degli atti sovranazionali ridonda e si risolve in violazione del principio di cui all'art. 4.2, nel suo fare "sistema" con i principi restanti dell'Unione (e, segnatamente, con quello di cui all'art. 2); ed è proprio qui – come si vedrà a breve – la radice più salda da cui può tenersi la liberal-democrazia avverso i rischi della sua involuzione autoritaria.

Senza la solidarietà, poi, non soltanto non può esservi democrazia ma neppure può esservi "ordinamento" (e, segnatamente, ordinamento costituzionale), nel duplice senso di ciò che è *ordinato* e di ciò che si va continuamente *ordinando*, sì da rendersi idoneo a trasmettersi sempre identico a sé, pur nell'incessante rinnovamento interno, anche alle generazioni che verranno: generazioni tutte legate inscindibilmente l'una alle altre, la passata alla presente ed alla futura, dalla comune condivisione dei valori fondamentali.

La democrazia ha col tempo cambiato pelle e sostanza<sup>18</sup>: non è ormai più – come sappiamo – "governo del popolo", come nelle società politiche ristrette dell'antichità<sup>19</sup>; ed è un errore grave, ormai ampiamente smascherato da studi approfonditi e convergenti negli esiti, seppure diversi per impianto metodico e svolgimenti teorico-ricostruttivi, quello commesso da coloro che puntano soprattutto sulla c.d. "democrazia diretta" al fine di riesumare la formula suddetta, sia pure in forme originali, sollecitate a formarsi dagli sviluppi della scienza e della tecnologia. È infatti ormai provato che la c.d. democrazia elettronica<sup>20</sup> costituisce una espressione degenera della democrazia *tout court*, risolvendosi in una democrazia *pseudo-diretta* o, diciamo pure, in una *oclocrazia*<sup>21</sup>.

Democrazia, poi, non è soltanto "partecipazione del popolo al governo", la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto, secondo la correzione semantica di non secondario rilievo operata dagli studi venuti alla luce soprattutto nel secolo scorso, a partire da quelli sulla c.d.

<sup>16</sup> In aggiunta agli scritti dietro richiamati, v., part., gli studi di F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Torino 2012; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino 2013, e S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, cit.

<sup>17</sup> V., part., i miei *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 ottobre 2017, e *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.

<sup>18</sup> In tema, di recente, la sintetica ma densa riflessione di A. MORELLI, *Il riduzionismo populista e i suoi effetti sulla rappresentanza politica e sulla giurisdizione*, in *La sovranità in Europa*, a cura di M. Blancato e G. don Di Rosa, Quad. di Notabilis, giugno 2019, 106 ss.

<sup>19</sup> Emblematiche le esperienze delle città-stato greche, ma altri esempi ancora potrebbero addursi di comunità politiche comunque assai diverse da quelle venute alla luce – secondo una tesi largamente diffusa – dopo il trattato di Vestfalia del 1648 che ha dato vita alla nascita degli Stati.

<sup>20</sup> ... a riguardo della quale v., di recente, le avvertenze manifestate da P. COSTANZO, *La «democrazia digitale» (precauzioni per l'uso)*, in *Dir. pubbl.*, 1/2019, 71 ss.

<sup>21</sup> Riferimenti possono, di recente, aversi dal mio *Le convenzioni costituzionali: regole della politica in via di estinzione?*, nella [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2019, 19 giugno 2019, 73 ss.

“democrazia pluralista”<sup>22</sup>, che muovono nondimeno dall’assunto – ancora oggi bisognoso di esser tenuto fermo – dell’innesto della stessa sulla democrazia rappresentativa, che ne viene in tal modo profondamente rinnovata.

Checché se ne dica da parte dei fautori di modelli populistici di governo, della democrazia rappresentativa, malgrado la crisi innegabile da cui è afflitta, non può farsi comunque a meno. La ricerca di nuovi “tipi” di democrazia non può dunque portare frutto rinnegando i “tipi” preesistenti che comunque necessitano di essere rigenerati in struttura e funzionamento<sup>23</sup>.

La crisi della rappresentanza politica (*rectius*, della rappresentatività) è – come si diceva – innegabile, e sarebbe persino banale insistere con il rilevarlo qui ancora una volta<sup>24</sup>: fa tutt’uno con un “sistema” politico<sup>25</sup> connotato da vistose contraddizioni interne ed alla ricerca affannosa, comunque particolarmente sofferta, di una sua propria identità e sia pur relativa stabilità. Una crisi di cui si fatica a rinvenire il modo di porvi almeno in parte rimedio, rallentando la discesa lungo la china in cui il “sistema” suddetto si è da se medesimo, da tempo, avviato e far luogo ad una inversione di verso di marcia. E ciò, per la elementare ragione, evidenziata da molti studi alla crisi stessa dedicati, che ad arginare il fenomeno degenerativo in atto dovrebbero soccorrere, reciprocamente convergendo, nuove *regole* (costituzionali, legislative e di altro genere) e nuove *regolarità* della politica, le une e le altre per mano degli stessi operatori che da esse dovrebbero esserne limitati. L’immagine del barone di Münchhausen che tentava di portarsi fuori del pantano in cui era immerso tirandosi per i baffi o quella del paradosso del cappone<sup>26</sup>, reso famoso da un noto studio di G. Zagrebelsky, danno un quadro impietoso ed eloquente della situazione.

Lo *stress* evidente e crescente in cui versa il valore democratico, in alcune delle sue più salienti espressioni, è dunque testimoniato dalla crisi della rappresentanza suddetta accompagnata dalla

<sup>22</sup> Per tutti, v. T. MARTINES, *La democrazia pluralista*, in *Ann. Univ. Messina*, 1963-64, 23 ss., nonché in ID., *Opere*, I, Milano 2000, 239 ss. Sul ruolo dei corpi intermedi, v., ora, , *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, a cura di F. Bassanini - F. Cerniglia - F. Pizzolato - A. Quadrio Curzio - L. Vandelli, Bologna 2019.

<sup>23</sup> In tema, di recente, v., nuovamente, M. CARTABIA, *Nelle forme e nei limiti della Costituzione*, cit. Sulle forme e sui limiti della democrazia, di recente, v. S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano 2018.

<sup>24</sup> Tra i molti che ne hanno variamente discusso, v., almeno, , *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, a cura di P. Bilancia, Torino 2018; A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Dir. cost.*, 1/2018, 95 ss., e, dello stesso, *amplius*, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli 2018; P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Torino 2018; F. GIRELLI, *Il mandato parlamentare e lo spazio della sua “libertà”. Per una lettura combinata degli artt. 67 e 68 della Costituzione*, Napoli 2018; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., spec. 423 ss., e, dello stesso, *Pluralismo e Limite (al potere e per l’altro): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo*, in questa *Rivista, Studi 2019/III*, 481 ss.; G. MARTINICO, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in *Quest. giust.*, 1/2019, 71 ss.; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in questa *Rivista, Studi 2019/II*, 249 ss. e, dello stesso, *L’incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *Federalismi.it*, 12/2019, 19 giugno 2019; F. VECCHIO, *Lo Stato costituzionale in pericolo: crisi della rappresentanza e istituzioni giudiziarie sotto attacco*, in , *La sovranità in Europa*, cit., 33 ss.; T. FENUCCI, *Riflessioni sul populismo*, in *Federalismi.it*, 14/2019, 17 luglio 2019; C. FUSARO, *L’ascesa del populismo in Europa. Italia, la terra promessa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 agosto 2019; F. BILANCIA, *Democrazia, interessi economici e Costituzione*, in , *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, cit., 35 ss.; C.A. CIARALLI, *Riflessioni sulle nuove forme di rappresentanza e partecipazione al tempo della crisi dei partiti politici*, in *Pol. dir.*, 3/2019, 365 ss. In prospettiva comparatistica, sulla crescente “disaffezione ... verso gli istituti di democrazia rappresentativa e partecipativa”, v. L. MEZZETTI, *Corrosione e declino della democrazia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 421 ss. e 444 per il riferimento testuale; nella stessa *Rivista*, S. SICARDI, *La rappresentanza politica ai tempi dell’avatar. Scenari tormentati e future incognite*, 721 ss.

<sup>25</sup> ... se vogliamo, ancora una volta, qui pure adoperare un termine che, evocando un’idea di stabilità ed interna armonia, suona francamente stonato e contraddetto dal quadro politico in atto (maggiori ragguagli, volendo, nel mio “*Forma di governo” e “sistema dei partiti”*: *due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?*, in questa *Rivista, Studi 2018/III* 599 ss.).

<sup>26</sup> Eppure alcune riforme a più riprese tentate o poste in essere, quale da ultimo quella relativa ad una drastica diminuzione del numero dei parlamentari, mostrano che è possibile puntare all’esito di superare il paradosso in parola, per arduo che oggettivamente sia centrare quest’obiettivo.

mancata “invenzione” di soluzioni credibili, effettive, idonee a porvi un qualche rimedio, nel mentre la c.d. democrazia elettronica – come si è qui pure rammentato – peggiora visibilmente le cose, assestando un colpo mortale al valore stesso, dal quale quest’ultimo può difendersi unicamente ricercando forme espressive in grado di rigenerarlo e darvi un nuovo, complessivamente appagante significato.

3. *La miscela esplosiva cui danno vita il nazionalismo e il populismo dilaganti e l'appartenenza all'Unione quale garanzia della democrazia e fattore di crescita della pianta dei diritti, per effetto del ruolo giocato dalle Corti europee e del “dialogo” che esse intrattengono con i giudici nazionali*

Si è veduto che la democrazia fa tutt’uno con la salvaguardia delle libertà; perciò, dove non v’è democrazia, non v’è neppure Costituzione (nell’accezione liberale del termine).

Vedo nella presente congiuntura politica connotata da un rigurgito di nazionalismo misto a populismo il rischio incombente di una possibile degenerazione del valore democratico<sup>27</sup>, ulteriormente reso evidente da un calo vistoso nell’adesione diffusa all’etica pubblica repubblicana e, in special modo, nell’adempimento dei doveri di fedeltà e di solidarietà.

Emblematica al riguardo la vicenda relativa alla gestione del fenomeno migratorio, che rende subito l’idea di come siano intesi e (*non*) praticati i valori suddetti, in specie quello di solidarietà.

Sia chiaro. Le responsabilità del nostro Governo (e della maggioranza che lo ha docilmente assecondato), in specie nella sua forma anomala costituita dalla forzata alleanza dei 5 Stelle e della Lega, non sono meno gravi di quelle degli altri Stati membri dell’Unione e di quest’ultima *ut sic*,

<sup>27</sup> Il punto è toccato con notazioni di vario segno ma diffusa e comune preoccupazione in molti studi, giuridici e non [tra i quali, v., almeno, in aggiunta agli scritti sopra richiamati, i contributi che sono nel fasc. 3/2015 di *Dir. pubbl. comp. eur.*; M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*<sup>2</sup>, Bologna 2015; J.-W. MÜLLER, *Cos’è il populismo?* (2016), trad. it., Milano 2017; A. SPADARO, in più scritti, tra i quali *Costituzionalismo versus populismo (Sulla c.d. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, V, Napoli 2009, 2007 ss., nonché in *Forum di Quaderni Costituzionali*, ottobre 2009; *Sui rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 26 gennaio 2017, spec. 19 ss.; *Dalla crisi istituzionale al Governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al “populismo sovranista”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1 giugno 2018, e, ora, *L’evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 77 ss. (e, in forma più estesa, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 17 settembre 2018); G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza e populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 29 luglio 2017; D. PALANO, *Populismo*, Milano 2017; M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Torino 2017; G. GRASSO, *Le “mouvement 5 étoiles” et les défis de la démocratie représentative: à la recherche d’une notion constitutionnelle de populisme?*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 205 ss. e, dello stesso, *La “cifra democratica” del Movimento 5 Stelle alla prova dell’art. 49 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 3/2017, 616 ss.; A. MORELLI, *La democrazia come sistema aperto: il caso italiano*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 82 ss., e, dello stesso, *Il riduzionismo populista e i suoi effetti sulla rappresentanza politica e sulla giurisdizione*, cit.; i contributi alla prima sessione, dedicata a *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, del Convegno AIC su *Democrazia, oggi*, Modena 10-11 novembre 2017, Napoli 2018, e, part., *ivi*, la relazione di M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, 3 ss., già apparsa in *Rivista AIC*, 3/2018, 11 luglio 2018; nel vol. coll. ora cit., v., pure V. PAZÉ, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, 605 ss., e A. PERTICI, *La Costituzione italiana alla prova del populismo*, 621 ss. Inoltre, I. DIAMANTI - M. LAZAR, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Roma-Bari 2018; A. VOBKUHLE, *Populismo e democrazia*, in *Dir. pubbl.*, 3/2018, 785 ss.; V. BALDINI, *Populismo versus democrazia costituzionale. In “dialogo” con Andreas Voßkuhle...*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2018, 23 luglio 2018; E. SCODITTI, *Populismo e diritto. Un’introduzione*, in *Questione Giustizia*, 10 settembre 2018; l’IMF Working Paper su *Populism and Civil Society*, curato da T. BOERI - P. MISHRA - C. PAPAGEORGIOU - A. SPILIMBERGO, in *Astrid* e, pure *ivi*, con specifico riguardo alla Germania, lo studio curato per conto della Bertelsmann Stiftung da R. VEHRKAMPF - W. MERKEL, *Populismusbarometer 2018. Populistische Einstellungen bei Wählern und Nichtwählern in Deutschland 2018*; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena 2019; M.G. RODOMONTE, *Il “populismo sovranista” e l’Europa. A proposito di crisi della democrazia e del processo di integrazione europea*, in *Nomos*, 2/2019; G. DI GASPARÉ, *Sovranità, sovranismi e governance economica dell’eurozona*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 21 ottobre 2019].

sol che si pensi al prepotente emergere degli egoismi nazionali proprio laddove impellente e vistoso appare essere il bisogno di prestazioni di solidarietà e di cooperazione, al servizio delle persone maggiormente penalizzate dalla sorte. Ed è francamente stupefacente che l'Unione, che pure necessita di una complessiva rifondazione delle sue strutture portanti all'insegna dei valori solennemente enunciati nell'art. 2 TUE, sia fatta oggetto di duri ed ormai quotidiani attacchi da parte proprio di quelle forze politiche d'ispirazione nazionalista che, all'interno degli Stati di appartenenza, operano in palese disprezzo di diritti elementari (a partire da quello alla salvaguardia della dignità) e di doveri inderogabili di solidarietà. Si vede, insomma, la pagliuzza che è nell'occhio altrui e non la trave che si ha nel proprio!

Il vero è che fuori dell'Unione non può esservi né presente né futuro per gli Stati che la compongono: distruggendola, essi puntano – se ne abbia o no la consapevolezza – alla loro stessa distruzione.

Che le cose stiano davvero come qui sono viste è, peraltro, comprovato da un dato elementare, d'immediata evidenza.

Torniamo, infatti, solo per un momento ancora, all'idea di Costituzione racchiusa e mirabilmente espressa dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789. Ebbene, man mano che l'integrazione europea si è portata avanti, si è fatta sempre più intraprendente e coraggiosa l'azione svolta al servizio dei diritti da entrambe le Corti europee (per ciò che qui specificamente importa, di quella dell'Unione). Certo, i casi di conflitto, anche aspri, con i giudici nazionali non sono mancati<sup>28</sup> e – è persino banale dover qui esplicitare – non è detto che la ragione stesse sempre dall'una ovvero dall'altra parte. Sta di fatto, però, che, pur procedendo non sempre in modo lineare e persuasivo, la giurisprudenza sovranazionale ha arricchito il patrimonio dei diritti in considerevole misura, offrendo ai giudici nazionali suggestioni ed indicazioni preziose al fine dello svecchiamento della giurisprudenza interna, come pure da questa ricevendo sollecitazioni parimenti preziose per il proprio rinnovamento. Ne ha dato (e ne dà) testimonianza e conferma già la mera consultazione dei Commentari alla CEDU ed alla Carta dell'Unione venuti alla luce nel corso degli anni, nei quali si presta specifica attenzione agli sviluppi della giurisprudenza suddetta<sup>29</sup>.

Crescendo la pianta dei diritti, fiorisce anche la democrazia e, con essa, la Costituzione<sup>30</sup>.

Ancora una volta è stupefacente che anche la più avveduta e sensibile dottrina, che si fa portatrice di una tutela dei diritti specificamente apprestata dalle Corti nazionali (e, segnatamente, dalla Corte delle leggi), non riconosca i giganteschi passi in avanti fattisi per effetto del c.d. “dialogo” tra le Corti, mettendo in ombra i tangibili e considerevoli effetti positivi da esso avutisi e invece puntando i riflettori su quelli negativi, che rimangono, ad ogni buon conto, assolutamente marginali ed eccezionali. Si fa, dunque, così come fanno i giornali ed i mezzi in genere di comunicazione, che fermano l'attenzione su quanto di brutto accade attorno a noi tralasciando il bello, per la elementare ragione che, al tirar delle somme, solo il primo fa notizia. Per fortuna, però,

<sup>28</sup> Altamente istruttiva, per tutte, la vicenda *Taricco*, fatta oggetto – come si sa – di una mole imponente di commenti di vario segno.

<sup>29</sup> V., ad es., , *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Padova 2016; , *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Milano 2017; V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*<sup>2</sup>, Bologna 2019.

<sup>30</sup> Il ruolo giocato dalle Corti europee al servizio della democrazia è, ora, rimarcato da , *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, a cura di G. Pitruzzella - O. Pollicino - M. Bassini, Milano 2019. Di diverso avviso, invece, M.G. RODOMONTE, nello scritto sopra cit.; ed è pur vero che un lineare svolgimento del modello istituzionale richiederebbe l'esercizio di un ruolo primario, di centrale rilievo, da parte del legislatore (e, in genere, dei decisori politici) ed a completamento dello stesso da parte dei giudici. Non può farsi tuttavia loro colpa se si trovano non di rado costretti a far luogo ad una “supplenza” – come suole essere chiamata –, peraltro “non richiesta e non gradita”, come ebbe a dire anni addietro il Presidente della Corte costituzionale G. Zagrebelsky (nella Conferenza stampa del 2004). Ogni eccesso è certamente deprecabile, ma non lo è di meno sottovalutare il servizio dai giudici reso ai diritti (e, in genere, agli interessi meritevoli di tutela). Il “dialogo” intergiurisprudenziale (segnatamente con le Corti europee) – come si viene dicendo – ha fattivamente concorso alla fioritura della pianta dei diritti.



nelle vicende di un ordinamento (anche al piano delle relazioni interordinamentali), così come nelle vicende di vita in genere, il fisiologico svolgersi degli eventi supera di gran lunga i fatti patologici che, anzi, con la loro stessa sporadica esistenza danno conferma dei primi.

4. *Un ossimoro apparente, risultante dal fatto che si contrae la sovranità e si espandono i diritti, il suo superamento alla luce di un'accezione di sovranità assiologicamente orientata e specificamente volta all'appagamento dei diritti, il massimo possibile alle condizioni oggettive di contesto, la torsione grave dei ruoli istituzionali che si accompagna alla gestione degli stati di emergenza*

Se le cose sono come qui sono viste e sia pure in modo largamente approssimativo rappresentate, occorre avere piena avvertenza di un ossimoro apparente che accompagna e connota le più salienti espressioni del processo d'integrazione sovranazionale.

Per un verso, infatti, per effetto della contrazione vistosa della sovranità dello Stato, conseguente all'appartenenza all'Unione, parrebbe che ne soffra anche la democrazia, dal momento che la sovranità è dalla Carta riconosciuta come "appartenente" al popolo<sup>31</sup>. Proprio però grazie a siffatta contrazione, si è avuto (e si ha) – come si è venuti dicendo – il riconoscimento di nuovi diritti ed una più efficace tutela dei vecchi.

In realtà, la stessa affermazione della contrazione della sovranità richiede di essere spiegata. Si tratta infatti di intendersi a riguardo del modo con cui essa va intesa.

Per un'accezione di sovranità vigorosamente patrocinata da un'accreditata dottrina<sup>32</sup> e che la vede "desoggettivizzata" e riferita ai valori fondamentali dell'ordinamento, a me pare che pochi dubbi possano sussistere a riguardo del fatto che essa, grazie all'appartenenza dello Stato all'Unione, sia stata complessivamente valorizzata e promossa, per il fatto stesso che – come si diceva – da quest'appartenenza i diritti fondamentali ne hanno avuto un guadagno. È la crisi dello Stato nazionale<sup>33</sup>, di cui le Carte costituzionali venute alla luce nel secondo dopoguerra rendono eloquente testimonianza assumendo tra i propri principi fondamentali quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, a risolversi obiettivamente in un tangibile beneficio per i diritti,

<sup>31</sup> Sulle origini del lemma in Assemblea Costituente, v., ora, M. CARTABIA, *Nelle forme e nei limiti della Costituzione*, cit., § 2.

<sup>32</sup> G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss.; ma v., nella stessa *Rivista*, il diverso orientamento manifestato da M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, 124 ss. Del primo, v. anche gli altri scritti riuniti in *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005 e, quindi, *Sovranità vs. diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, 1/2015, spec. 57 ss.; del secondo, tra gli altri scritti, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 15 aprile 2016. Sul pensiero di Silvestri, varî punti di vista sono stati espressi, tra gli altri, da L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Torino 2014, 55 ss.; E. CASTORINA - C. NICOLOSI, "Sovranità dei valori" e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Torino 2016, 519 ss. e, pure *ivi*, II, G. GEMMA, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*, 1068 ss.; A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 2 agosto 2017, 92 s., e, pure *ivi*, C. SALAZAR, *Territorio, confini, "spazio": coordinate per una mappatura essenziale*, 8, e A. SPADARO, *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, 2 s.; S. SASSI, *Crisi della sovranità e diritto transnazionale*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 247 ss. In argomento v., poi, *Sovranità. Stato costituzionale e sovranità popolare*, a cura di M. Cavino, in *Dir. cost.*, 1/2018, e l'intervista di F. Pedrini a B. DE GIOVANNI, sotto il titolo *Colloquio sulla sovranità*, in *Lo Stato*, 12/2019, 190 s. Sulle varie accezioni della sovranità, in prospettiva giusfilosofica, v., ora, M.R. FERRARESE, *Percorsi della sovranità, aggirandosi tra varie definizioni e sfaccettature*, in *Nomos*, 2/2019.

<sup>33</sup> Anche qui si riscontra un ossimoro apparente, dal momento che la crisi in parola è resa evidente dal peso crescente assunto dalle organizzazioni sovranazionali, tra le quali – per ciò che qui specificamente importa – l'Unione, e dalla Comunità internazionale, a fronte della quale però si è assistito alla *escalation* di un nazionalismo sempre più agguerrito e diffuso, alimentato da plurimi fattori, tra i quali sono da annoverare proprio le strutturali carenze delle organizzazioni e della Comunità in parola.

conseguente alla fioritura delle Carte che ne danno il riconoscimento ed apprestano le condizioni di base per la loro tutela ed al ruolo di centrale rilievo giocato dalle Corti dalla cui azione la tutela stessa concretamente discende.

Ora, nel momento in cui la Costituzione perde il monopolio del riconoscimento in parola, che condivide con altri documenti essi pure “tipicamente costituzionali” – per riprendere l’etichetta adoperata da una discussa (e discutibile) decisione della Consulta, la 269 del 2017 –, la sovranità assiologicamente intesa ne risulta per ciò stesso promossa e sorretta da garanzie di cui lo Stato non dispone (non a caso, d’altronde, tanto la CEDU quanto la Carta dell’Unione ritagliano per sé un ruolo “sussidiario” rispetto a quello svolto da fonti interne in genere a presidio dei diritti).

Di contro, per un’accezione tradizionale di sovranità, intesa come potere o somma di poteri dal cui esercizio conseguono vincoli ora più ed ora meno intensi a carico di coloro che vi sono assoggettati, non v’è dubbio che la contrazione della sovranità vi sia stata e seguiti ad esservi in considerevole misura ed in forme inusuali e sempre più vistose. Ne danno eloquente conferma i *diktat* cui alcuni Stati, tra i quali principalmente la Grecia, sono andati soggetti nel momento in cui la crisi aveva anni addietro raggiunto il suo acme<sup>34</sup> ed emblematicamente testimoniati dall’immagine di Tsipras che platealmente buttava la propria giacca sul tavolo delle trattative con i *partners* europei sfidandoli ad impadronirsene dopo aver privato il suo Paese dell’essenziale per sopravvivere.

Lo stesso tiro alla fune tra il nostro Governo e la Commissione, conclusosi nel dicembre dello scorso anno con il sofferto varo della legge di bilancio prima e, poi, con la “copertura” offerta a quest’ultima dalla Consulta con la [ord. n. 17 del 2019](#)<sup>35</sup>, avvalora quanto si viene ora dicendo e, allo stesso tempo, mostra come, per effetto dei vincoli discendenti dall’Unione ed al fine di assicurarne

<sup>34</sup> Utili indicazioni al riguardo possono ora aversi dal corposo studio monografico di F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, cit.

<sup>35</sup> Sulla travagliata vicenda, di recente, L.F. PACE, *Il ruolo dell’Unione nel processo di formazione delle leggi di bilancio degli Stati membri, la (complicata) procedura di approvazione della legge di bilancio per il 2019 e le ragioni della (conflittuale) appartenenza dell’Italia all’Eurozona*, in [AISDUE](#), 1/2019, 2 settembre 2019. Con specifico riguardo alla ord. 17, tra i suoi molti commenti, v. i contributi che sono in [Federalismi.it](#), 4/2019, e gli altri al seminario svoltosi a Firenze il 25 febbraio 2019 su *L’ordinanza 17/2019 della Corte costituzionale*, che sono in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019, ed alla tavola rotonda su *La garanzia costituzionale del procedimento legislativo*, organizzata dall’AIC e svoltasi a Catania l’11 giugno 2019, tra i quali P. PASSAGLIA, *La garanzia giurisdizionale del procedimento legislativo: un quadro deprimente ad eziologia complessa*, in [Osservatorio AIC](#), 5/2019, 3 settembre 2019, e, pure *ivi*, F. FABRIZZI, *Il conflitto tra poteri quale strumento a tutela del procedimento legislativo*, e I.A. NICOTRA, *La Corte, il fattore tempo e il battesimo dei nuovi “mille” poteri dello Stato*, nonché, se si vuole, il mio *Il “giusto” procedimento legislativo in attesa di garanzie non meramente promesse da parte della Consulta*, in [Rivista AIC](#), 2/2019, 18 giugno 2019, 597 ss.; nella stessa *Rivista*, M. MANETTI, *La tutela delle minoranze parlamentari si perde nel labirinto degli interna corporis acta*, 25 giugno 2019, 611 ss.; G. SALVADORI, *Lo stile d’ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell’ordinanza n. 17 del 2019 (e qualche suggestione sulla scia dell’ordinanza n. 207 del 2018)*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2019; nella stessa *Rivista*, C. MASCIOTTA, *Il nuovo limite delle “violazioni manifeste” nel conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato: un’arma spuntata per il singolo parlamentare*; Y.M. CITINO, *La “consolidata prassi” della questione di fiducia sul maxi-emendamento: osservazioni a margine dell’ordinanza n. 17 del 2019*, in *Rass. parl.*, 1/2019, 115 ss.; V. PIERGIGLI, *La Corte costituzionale e il doppio salto mortale mancato. Alcune osservazioni a margine della ordinanza n. 17/2019*, in [Nomos](#), 2/2019, e, pure *ivi*, S. CECCANTI, *Qualche breve chiosa all’ordinanza n. 17/2019*, e A. FIORENTINO, *La legittimazione attiva dei singoli parlamentari e la sua sottoposizione al test delle “violazioni manifeste”. Riflessioni a margine dell’ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale*; T.F. GIUPPONI, *Funzione parlamentare e conflitto di attribuzioni: quale spazio per i ricorsi «intra-potere» dopo l’ordinanza n. 17 del 2019?*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 291 ss.; F. FABRIZZI, *L’ord. 17/2019 e l’accesso del singolo parlamentare tra profilo soggettivo e profilo oggettivo*, in [Federalismi.it](#), 13/2019, 3 luglio 2019; L.F. PACE, *L’ord. n. 17/19 della Corte costituzionale e la (complicata) procedura di approvazione della legge di bilancio per il 2019, il procedimento ex Reg. UE n. 473/2013 e le ragioni della (conflittuale) appartenenza dell’Italia all’Eurozona*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 515 ss.; F. MARONE, *La legittimazione al conflitto del singolo parlamentare tra compromesso politico e coerenza processuale*, in *Foro it.*, 7-8/2019, I, 2301 ss.; M. CONTIERI, *“Giusto procedimento legislativo” e conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, in [Federalismi.it.](#), 16/2019, 4 settembre 2019.

come che sia l'osservanza, gli stessi organi supremi di garanzia si trovino obbligati ad una vistosa torsione del loro ruolo, naturalmente portati cioè ad assumere decisioni cariche di valenza politica.

Il fine, insomma, a quanto pare, giustifica, in applicazione della inesorabile “logica” machiavellica, il mezzo<sup>36</sup>; e l'obiettivo di restare fedeli agli impegni presi in ambito sovranazionale può molte volte comportare (ed effettivamente comporta) il sostanziale abbandono di quella tipicità dei ruoli dei decisori politici e dei garanti che è – come si sa – una delle due gambe su cui poggia ed avanza, nel suo sovente non lineare, comunque sofferto, cammino lo Stato costituzionale.

Di qui, come si vede, ancora un ossimoro. I garanti danno un orientamento di scopo al loro quotidiano operare: la preoccupazione di mettere in sicurezza i conti pubblici, in particolare, è una costante, una ferma direttiva d'azione alla quale s'ispirano e dalla quale non deflettono, *costi quel che costi* persino per ciò che attiene al mantenimento del loro ruolo e, *per ciò stesso*, di quello della Costituzione che sul primo si regge e dal quale riceve senso ed alimento.

Si è poc'anzi fatto riferimento alla “copertura” offerta dalla Consulta alla legge di bilancio ma non si trascuri che lo stesso Presidente della Repubblica ha sollecitamente promulgato la legge stessa, pur avendo rilasciato una dichiarazione contenente riserve di non poco momento a riguardo dei suoi più salienti contenuti<sup>37</sup>, malgrado la violazione “manifesta” – checché ne abbia poi detto la Consulta stessa – perpetrata in occasione della sua approvazione a danno della Costituzione (e dei regolamenti camerati); ma più ancora, a conferma di quanto ora si viene dicendo con riferimento altresì all'operato del Capo dello Stato, può farsi richiamo della nota (e discussa) vicenda Savona maturata al momento della formazione del I Governo Conte<sup>38</sup>.

Insomma, *salus rei publicae suprema lex esto*. I garanti si trovano costretti a dismettere i loro panni ed a rivestirsi di quelli dei decisori politici, alle volte violano – se posso esprimermi con franchezza – la Costituzione al fine di... *salvarla*, vengono meno cioè al principio della separazione dei poteri al fine di preservare la continuità stessa dell'ordinamento e, con essa, perciò, in primo luogo i diritti fondamentali.

I due elementi espressivi dell'idea liberale di Costituzione, pensati come complementari e bisognosi di essere costantemente e necessariamente compresenti, si trovano innaturalmente obbligati a rivoltarsi l'uno contro l'altro, senza peraltro trascurare le circostanze in cui entrambi sono messi da canto al fine di far fronte ad emergenze considerate non altrimenti superabili. Lo

<sup>36</sup> Ma v., al riguardo, la stringente obiezione di una sensibile dottrina che ha fatto notare come il fine non possa *mai* giustificare il mezzo, dal momento che “sono sempre i mezzi a prefigurare i fini” (A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169).

<sup>37</sup> Si tratta, per vero, di esperienze sempre più ricorrenti: se n'è avuta, ad es., traccia in occasione del varo della legge sulla legittima difesa (tra i molti commenti, v. A. MORELLI, *La promulgazione “abrogante” della legge sulla legittima difesa e la fiducia del Presidente*, in [la Costituzione.info](#), 28 aprile 2019; C. MELZI D'ERIL - G.E. VIGEVANI, *Legittima difesa, la lettera di Mattarella segna una svolta*, in [Il Sole-24 ORE](#), 29 aprile 2019; S. PRISCO, *Promulgazione presidenziale con indicazioni per l'interpretazione: segni dell'evoluzione delle garanzie costituzionali*, in [la Costituzione.info](#), 30 aprile 2019; L. GATTA, *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni su profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 6 maggio 2019; M. FERRARA, *La promulgazione “presidenzialmente osservata” della novella sulla legittima difesa e l'inattualità del potere di rinvio alle camere*, in [Osservatorio AIC](#), 3/2019, 4 giugno 2019, 43 ss.; G. BOGGERO, *Una promulgazione interpretativa con monito alla magistratura*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 674 ss.) e della legge di conversione del decreto Salvini-bis sulla sicurezza; in generale, non è nuova – come si sa – la prassi delle promulgazioni con motivazione... *contraria*, come le ho qualificate nel mio *Verso una prassi di leggi promulgate con “motivazione”... contraria?*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 1 luglio 2002.

<sup>38</sup> Caduti a pioggia i commenti a questa spinosa e per più versi inquietante vicenda (per tutti, v. , *Dal “contratto di governo” alla formazione del Governo Conte. Analisi di una crisi istituzionale senza precedenti*, a cura di A. Morelli, Napoli 2018; ulteriori riferimenti in A. SPADARO, *L'evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, cit., e M.C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli attuali assetti della forma di governo*, in [Rivista AIC](#), 3/2019, 3 luglio 2019, 360 ss.).

richiedono alle volte le situazioni in parola<sup>39</sup> ma talora lo richiede anche – qui è il punto, di cruciale rilievo, specificamente interessante lo studio che si viene facendo – l'appartenenza all'Unione e il bisogno di assecondarne e garantirne l'ulteriore avanzata.

I garanti sono parte attiva del processo costituente europeo *in progress*, anzi ne sono protagonisti al pari dei decisori politici; e la storia insegna che molte volte hanno supplito a strutturali carenze di questi ultimi, variamente stimolandone l'operato ovvero correggendone le manifestazioni devianti dal solco dagli stessi inizialmente tracciato.

*5. Le conferme che si hanno a riguardo del fatto che l'appartenenza all'Unione è di per sé un argine a possibili derive autoritarie*

Se le cose stanno come sono qui viste, è agevole mettere in collegamento l'integrazione sovranazionale con le garanzie della democrazia, in specie avverso le minacce alle quali è sovente soggetta per effetto dell'azione di forze politiche d'ispirazione nazionalista e populista.

I regimi illiberali si distinguono, grosso modo, in due specie: quelli d'ispirazione marxiana, dai tratti in parte comuni (specificamente nei Paesi dell'Est europeo sotto l'influsso del modello sovietico) ed in parte originali (ad es., in Cina o a Cuba), e quelli di stampo autoritario, nei quali l'idea nazionalista ha avuto la sua esasperata e distorta affermazione. Avuto riguardo a queste ultime esperienze, le sole ai nostri fini interessanti, esse hanno esibito – com'è noto – caratteri peculiari nel passaggio da un ordinamento all'altro: la Germania nazional-socialista, l'Italia fascista, la Grecia dei colonnelli, la Spagna franchista, il Portogallo di Salazar o l'Argentina peronista si connotavano per un'organizzazione statale del tutto peculiare di ciascun Paese. Il nazionalismo, insomma, *proprio perché tale*, esalta il modello ideologico-culturale proprio del luogo in cui si afferma: un modello fatalmente (e fortunatamente) destinato a durare per un ristretto lasso di tempo, esaurendosi quindi col fatto stesso dell'uscita di scena del *leader* politico al quale si devono le sue fortune (alle volte, ancora prima, come si è avuto per il regime ellenico impiantatosi con il colpo di stato del 1967 ed esauritosi a seguito dei moti del Politecnico del 1973 e degli eventi a questi immediatamente seguenti).

Già solo per ciò, ci si avvede subito come in un'organizzazione internamente composita, qual è l'Unione, l'ipotesi della involuzione autoritaria, pur non potendosi escludere in partenza, appare essere estremamente remota, praticamente d'impossibile realizzazione, salvo il caso – meramente teorico-astratto – che in ciascuno Stato-membro (o, quanto meno, nella gran parte di essi) si affermino forze politiche nazionaliste, portatrici di un indirizzo che quindi contagi la stessa Unione. Se, di contro, esse abbiano la meglio unicamente in alcuni Stati, è da vedere quale ne sia la consistenza e diffusione. Trattandosi, infatti, di Stati di peso politico notevole, è da mettere in conto lo sfaldamento dell'Unione stessa; ciò che risolverebbe in radice il problema circa la degenerazione della “forma di Unione” (per adattare all'Unione stessa la categoria della “forma di Stato” coniata – come si sa – per gli Stati stessi<sup>40</sup>). Ed è chiaro che il problema non è tanto (o solo) di quantità bensì (soprattutto) di qualità: una Unione senza la Germania, la Francia, la Spagna e la stessa Italia, d'un sol colpo uscite dall'Unione per un atto di libera volontà dalle stesse adottato ovvero obbligate dall'Unione a ritrarsi da quest'ultima, non sarebbe – com'è chiaro – concepibile, assistendosi pertanto alla fine dell'esperienza sovranazionale nella sua interezza (semmai, sulle sue ceneri, i

---

<sup>39</sup> Forse, il caso maggiormente emblematico di quanto si viene dicendo è quello, assai noto, definito da [Corte cost. sent. n. 15 del 1982](#), laddove, pur di porre un argine alla marea montante del terrorismo rosso, sono state adottate misure francamente ripugnanti, siccome lesive della libertà personale e della dignità di persone sospette di appartenere alle BR che erano in attesa di giudizio, la cui carcerazione preventiva – *malgrado la presunzione d'innocenza* – è stata protratta per un numero di anni abnormemente elevato, non riuscendosi a celebrare per tempo i processi.

<sup>40</sup> Una sua chiara illustrazione può vedersi in L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*<sup>5</sup>, cit., 83 ss.

Paesi restanti potrebbero pensare a forme di collaborazione connotate da vincoli più blandi di quelli in atto esistenti, ma sarebbe appunto un'altra cosa; è, ad ogni buon conto, chiaro che di siffatti scenari nulla possiamo ora dire). Se, invece, il nazionalismo dovesse imperare in Paesi, anche più numerosi di quelli sopra indicati ma di minor peso politico, è da mettere in conto la eventualità della loro uscita dall'Unione che potrebbe, dunque, ugualmente sopravvivere e proseguire la propria azione in Europa e nel mondo.

Non è, comunque, di qui ragionare di contesti apocalittici dei quali – perlomeno ad oggi – non si vedono i segni premonitori. Piuttosto, il quadro politico-istituzionale del presente si connota per un forte e crescente nazionalismo che, sia pure in forme peculiari, si va nondimeno diffondendo in modo preoccupante in singoli Paesi, tra i quali il nostro, arginato e contenuto da una decisa reazione dell'Unione, con il richiamo da essa fatto alla osservanza degli impegni presso quest'ultima assunti (anche – è bene rammentare – con il concorso dei Paesi sui quali soffia oggi impetuoso il vento del nazionalismo e del populismo).

La vicenda, cui si è poc'anzi fatto cenno, del varo della legge di bilancio dello scorso anno è altamente istruttiva a riguardo di quanto si viene ora dicendo; ed ugualmente istruttivo è il seguito dalla stessa avuto con lo scampato pericolo dell'avvio della procedura d'infrazione a carico del nostro Stato grazie alle rassicurazioni date alla Commissione (ed ai *partners* europei) dal Presidente del Consiglio e dal Ministro dell'economia in merito alle misure da adottare anche per il 2020. Il nostro Paese – come ha tenuto a precisare il nuovo Presidente della Commissione, U. von der Leyen, già all'indomani della sua elezione nel luglio scorso – rimane comunque sotto osservazione per l'aspetto economico-finanziario. È però un fatto che il Governo italiano è stato costretto a più miti consigli, rivedendo in non secondaria misura l'originario impianto della manovra finanziaria e rimandando ad un futuro incerto sia nell'*an* che nel *quando* il varo delle misure maggiormente rischiose per la tenuta dei conti pubblici, quale la *flat tax*, delle quali le forze di maggioranza avevano fatto la loro bandiera, assumendole a punti qualificanti del c.d. “contratto di governo” posto a base della nascita del I Governo Conte. Il sopravvenire nell'agosto scorso della crisi della coalizione giallo-verde, con il passaggio all'opposizione della Lega, si pone poi quale un fattore oggettivamente rassicurante tanto in merito alla tenuta dei conti pubblici quanto in ordine al rilancio dell'idea di Europa di cui il PD in special modo, già durante le trattative per la nascita del nuovo Governo, ha fatto uno dei punti qualificanti la propria azione politica e, di riflesso, il programma del Governo stesso. La stabilità di quest'ultimo rimane, ad ogni buon conto, assai precaria, a motivo della scarsa coesione delle forze politiche che lo sorreggono, la cui alleanza potrebbe dunque rivelarsi di corto respiro.

Il vero è che, al di là di ogni riserva che possa legittimamente avanzarsi avverso l'ipotesi del *materiale* (e non *giuridico*) recesso di uno Stato dall'Unione ovvero della sua espulsione da quest'ultima, il fatto stesso della esistenza dell'Unione costituisce un macigno lungo la via dell'affermazione, sia pure in forme originali rispetto al passato, di un regime autoritario. Potrebbe – è vero – assistersi, anche a breve, ad una ulteriore crescita dei movimenti di connotazione nazionalista; fintantoché, però, i Governi saranno di coalizione, è assai arduo per i movimenti stessi imporre fino in fondo il loro orientamento e tradurlo nell'indirizzo politico dello Stato: non glielo consentiranno i *partners* della coalizione e – ciò che più importa – non glielo consentirà l'Unione<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Una conferma del ruolo di cruciale rilievo da quest'ultima giocato nelle vicende istituzionali di diritto interno può vedersi nella trasformazione avvenuta nella forma di governo dello Stato, non più solo parlamentare – secondo una etichetta ormai in uso *ab antiquo* – ma anche (e, forse, soprattutto) “sovranaazionale”, nel senso che il Governo è tenuto a godere della fiducia, a un tempo, delle Camere e dei *partners* europei e dei mercati internazionali, venuta meno la quale è obbligato a gettare la spugna, pur disponendo in astratto dei numeri in Parlamento per proseguire la propria azione politica [mi sono già soffermato sul punto nel mio *Art. 94 della Costituzione vivente: “Il Governo deve avere la fiducia dei mercati”* (nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 23/2011, 30 novembre 2011; ulteriori riferimenti, ora, in G. COMAZZETTO, *Costituzione, economia, finanza. Appunti sul diritto costituzionale della crisi*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 4/2019, 31 ottobre 2019, 16 s., in nt. 10. Un complessivo ripensamento delle strette relazioni che si intrattengono tra gli sviluppi dei rapporti interordinamentali e quelli dei rapporti interistituzionali

Le garanzie non sono, dunque, soltanto interne allo Stato, se si considera che l'opposizione di turno ben poco può fare per ostacolare l'azione della maggioranza, specie laddove questa sia solida e numericamente consistente in Parlamento, e che gli stessi massimi garanti (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale) dispongono di margini di manovra comunque ristretti, dovendo peraltro fare i conti con un'opinione pubblica preorientata ed addomesticata. Le garanzie, piuttosto, come si è venuti dicendo, sono anche (e soprattutto) esterne allo Stato: la dialettica maggioranza-opposizione, usualmente vista come circoscritta alle forze politiche operanti entro le mura della cittadella statale<sup>42</sup>, assume oggi un nuovo volto ed una proiezione interordinamentale sconosciuta anche ad un recente passato.

In questo quadro, qui molto sommariamente descritto, un ruolo di non secondario rilievo è giocato – come si è veduto – dalle Corti europee, le cui pronunzie esprimono vincoli nei cui riguardi sia i decisori politici che gli stessi organi di garanzia di diritto interno sono comunque tenuti a mantenersi rispettosi. Specie in talune congiunture, è dunque da mettere in conto che i garanti operanti in ambito nazionale siano condizionati, in ordine alle scelte da compiere, non soltanto dalle decisioni degli organi d'indirizzo politico ma anche da quelle delle Corti suddette. È vero che i giudici nazionali – per ciò che qui specificamente importa – dispongono di strumenti pur sempre attivabili al fine di liberarsi dai vincoli in parola, a partire dall'arma dei “controlimiti”. Si tratta, nondimeno, come si sa, di risorse azionabili solo in casi eccezionali e con le dovute cautele, secondo quanto ha, ancora di recente, dimostrato il noto caso *Taricco*. Per norma, tuttavia, alle indicazioni provenienti dalle Corti suddette occorre dar seguito; e gli stessi organi d'indirizzo non si sono perlopiù sottratti a quest'onere su di essi gravante.

---

può, se si vuole, ora vedersi nel mio *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 2/2019, 15 luglio 2019, 35 ss.].

<sup>42</sup> Riferimenti in A. SAIITA, *L'oscillazione del pendolo. Maggioranza e opposizioni nella democrazia costituzionale italiana*, Milano 2004; G.G. CARBONI, *Alla ricerca di uno statuto per l'opposizione parlamentare*, Torino 2004, e V. CASAMASSIMA, *L'opposizione in Parlamento. Le esperienze britannica e italiana a confronto*, Torino 2013. In prospettiva comparata, v. G. RIZZONI, *Opposizione parlamentare e democrazia deliberativa. Ordinamenti europei a confronto*, Bologna 2012; sui più recenti sviluppi della forma di governo inglese, v., ora, F.F. PAGANO, *Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della “royal prerogative”*, in [Diritti Comparati](#), 2/2019, 78 ss.; con riguardo alla nostra forma di governo, v., almeno, i contributi che sono nel fasc. 1/2019 di *Quad. cost.*

**Roberto Romboli**

**Caro Antonio ti scrivo (così mi distruggo un po’).**

**In dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”\***

SOMMARIO: 1. Premessa: la difficoltà della scelta del tema sul quale dialogare con l’amico di una vita. – 2. La sentenza [269/2017](#) della Corte costituzionale in tema di “doppia pregiudizialità”: le definizioni della “svolta” e le ragioni che possono giustificare il *revirement* giurisprudenziale. – 3. Il contenuto della decisione: il criterio seguito, la natura obbligatoria o meno della priorità costituzionale, la limitazione degli “altri profili” alla possibilità di disapplicazione dopo la sentenza di infondatezza ed il concorso alla determinazione delle “tradizioni costituzionali comuni”. – 4. Qualche aspetto problematico: l’oggetto della priorità costituzionale, la Carta dei diritti o pure le disposizioni direttamente attuative della stessa; le reazioni, vere o supposte, della Corte di giustizia dell’Unione europea e quelle dei giudici nazionali (in particolare della Corte di cassazione). – 5. La prospettazione di prevedibili scenari nelle relazioni tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di giustizia e le soluzioni possibili: la libera scelta dei giudici o le modifiche ad opera del legislatore.

*1. Premessa: la difficoltà della scelta del tema sul quale dialogare con l’amico di una vita.*

Giunto alle soglie del pensionamento, che avverrà nel novembre 2021, ho avuto ovviamente occasione di partecipare moltissime volte, non saprei davvero dire quante, con piacere e convinzione a scritti in onore di colleghi che cessavano dal servizio per raggiunti limiti di età, ma farlo adesso per Antonio è un’altra cosa.

Abbiamo percorso insieme pressoché tutta la carriera universitaria, collaborando molto spesso nelle attività scientifiche.

Abbiamo partecipato allo stesso concorso idoneativo all’inizio degli anni Ottanta per professore associato, allorché fu istituita la relativa fascia. I partecipanti furono divisi in due gruppi in ragione dell’ordine alfabetico e quindi fummo giudicati dalla stessa commissione. Successivamente siamo risultati vincitori dello stesso concorso per professore ordinario, bandito nel 1985.

Abbiamo fondato poi il Gruppo di Pisa, proposto gruppi di ricerca a livello nazionale e internazionale (quasi sempre con successo), collaborato strettamente nel dottorato di Giustizia costituzionale, ideato e realizzato le Giornate italo-spagnole, poi divenute italo-spagnole-brasiliane, collaborato al Corso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale e tutela dei diritti. Ci siamo in particolare impegnati insieme nell’avviare alla ricerca giovani che abbiamo ritenuto meritevoli.

Molte altre cose ancora che adesso non ricordo, ma che Antonio potrebbe aggiungere, essendo lui dotato, come noi due sappiamo bene, di una memoria davvero eccezionale.

Inevitabile allora che, in questa occasione, al profilo scientifico venga a sommarsi quello personale.

Non so se Antonio, sotto il primo aspetto, sia il migliore dei costituzionalisti della nostra generazione, il mio giudizio sarebbe parziale, ma credo di poter dire che certamente lo è sotto il secondo. Antonio è certamente il più generoso ed anche il più buono, sempre disponibile quanto c’è stata la necessità di farsi carico dei compiti più gravosi o più ingrati e disposto ad accettare, senza mai perdere la pazienza, gli scherzi o le battute, tipo quelle ricorrenti in ordine alla sua “scarsa” produzione scientifica.

Per questo ho sentito la necessità di scrivere qualcosa di diverso dall’articolo su un tema a scelta, troppo impersonale ed anonimo per questa circostanza.

---

(\*) Il lavoro è destinato agli Scritti in onore di Antonio Ruggeri e, grazie alla gentile disponibilità del comune amico Lino Costanzo, viene pubblicato nel giorno del compleanno dell’“onorato”, consentendo ad entrambi di utilizzare l’occasione per fare i nostri migliori auguri al caro Amico di una vita.

Il mio compianto Maestro - il quale pure ha accolto sempre l'invito a partecipare agli scritti in onore di colleghi - aveva un giudizio non proprio favorevole riguardo a queste iniziative, commentandomi spesso come quasi sempre si trattasse di realizzare un contenitore dove i colleghi inviano il lavoro scritto per ultimo e per altra ragione, premiando, quando la raccolta si prolunga nel tempo, i ritardatari che si vedono pubblicato un lavoro recente, mentre gli scritti di quelli che hanno consegnato puntualmente risulteranno inevitabilmente non aggiornati o, in certi casi, del tutto superati dalle successive vicende normative o giurisprudenziali.

Per questo ci guardammo bene dall'organizzare per Lui una raccolta di scritti in onore.

Ho scelto quindi di impostare il mio scritto su un dialogo diretto con Antonio, in modo che, bene o male che lui giudichi il mio lavoro, non potrà porre in dubbio che è stato scritto per lui.

Ovviamente l'ambito di confronto - escludendo il calcio, perché da tempo ho scelto di non dialogare con gli juventini, il gioco delle carte, perché ho ragione di diffidare della correttezza del mio interlocutore e pure le donne, per raggiunti limiti di età - sarà quello del diritto costituzionale.

Un ambito quindi scientifico ed un confronto con le tesi sostenute da Antonio, anche se sarà in fondo difficile non farmi influenzare da certi dati che derivano dalla "scienza privata" e dalle nostre frequentazioni.

Leggendo ad esempio una sua nota o un suo articolo, sono in grado di riconoscere anche elementi che certamente sfuggono agli altri lettori: così quando l'andamento degli stessi è più articolato e rimeditato, significa quasi certamente che l'aereo ha fatto ritardo e quindi si è allungato il tempo di attesa, originariamente previsto per elaborare il lavoro.

Certamente trovare un tema di diritto costituzionale sul quale l'"onorato" ha scritto non è cosa difficile. Anzi un'idea sarebbe potuta essere quella di chiedere ai colleghi di scrivere il contributo per questa raccolta su un tema sul quale Antonio "non" ha scritto; questo sì che sarebbe stato un impegno davvero difficoltoso, al limite del possibile, che mi avrebbe forse costretto a rispolverare il mio giudice naturale precostituito per legge.

Procedendo quindi alla selezione del tema, ho pensato inevitabilmente a quello della giustizia costituzionale, sulla quale così tante volte ci siamo confrontati.

Trascorsa un'intera giornata solo per leggere i titoli dei suoi scritti sul tema, ho capito che avrei dovuto trovare uno strumento di selezione ed ho pensato quindi di farlo attraverso una parola che credo di non aver mai usato, ma che spesso viene invece utilizzata da Antonio, quella di "Consulta".

Una speranza purtroppo andata subito delusa.

Il cammino infatti si è mostrato immediatamente difficile a causa delle rapide e frequenti svolte del percorso<sup>1</sup>, delle indicazioni scritte in chiaroscuro<sup>2</sup>, per cui grande è risultato il rischio di fare passi falsi<sup>3</sup>.

Mi sono trovato di fronte ad un Giudice costituzionale che sembrava simile ad un costruttore edile che pone paletti<sup>4</sup> e costruisce ponti<sup>5</sup>, in un ambiente in cui ci si esercita nell'arte canora<sup>6</sup> e si tengono

---

<sup>1</sup> *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti Comparati*, 3/2017, 18 dicembre 2017.

<sup>2</sup> *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in questa *Rivista, Studi*, 2019/I, 113 ss.

<sup>3</sup> *Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a Corte cost. n. 56 del 2015)*, in questa *Rivista, Studi*, 2015/I, 281 ss.

<sup>4</sup> *Autonomia statutaria e forma di governo regionale: i "paletti" della Consulta (e una riflessione finale)*, in *Federalismi.it*, 6/2004; *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2 aprile 2015.

<sup>5</sup> *Novità in tema di (in)sindacabilità dei regolamenti parlamentari, in una pronuncia-ponte della Consulta (a margine di Corte cost. n. 120 del 2014)*, in questa *Rivista, Studi* 2014, 10 maggio 2014.

<sup>6</sup> *Il "controcanto" stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *GenIUS*, 1/2015, 126 ss.



rappresentazione teatrali, con tanto di attori in maschera<sup>7</sup> o gare sportive dove eccelle la nobile arte del pugilato<sup>8</sup> o quella della scherma<sup>9</sup>.

Nello svolgimento delle gare in alcuni casi uno dei concorrenti ha dato all'avversario un ultimatum<sup>10</sup>, mentre in altri è stato, cavalleristicamente, offerto un ramoscello di ulivo<sup>11</sup>.

La cosa comunque più affascinante, anche se certamente non mi ha aiutato nella scelta, è stata quella di aver incontrato personaggi che mai avrei pensato potessero vivere e operare al palazzo della Consulta.

Tra questi Agatha Christie, impegnata a risolvere un giallo che aveva sconvolto la vita dei Giudici costituzionali<sup>12</sup> oppure addirittura un ircocervo, venuto alla luce proprio nella sala delle udienze (o in quella della camera di consiglio: ma questo è tema di un altro giallo di competenza del soggetto precedentemente citato).

Per finire mi sono trovato di fronte addirittura un famoso personaggio dell'ancora più noto processo che ha visto come imputato Gesù Cristo, ossia Ponzio Pilato<sup>13</sup>, nella veste di suggeritore alla Corte costituzionale di soluzioni per i casi più difficili, nonché, direttamente dall'antica Grecia, la moglie di Ulisse, che invece ha indicato alla Corte come coltivare il "dialogo" con la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>14</sup>.

In conclusione anche il filtro utilizzato per la selezione si è rivelato di nessuna utilità, per cui ho provato a pensare agli ultimi incontri ai quali Antonio ed io abbiamo partecipato insieme ed in particolare a quelli in occasione dei quali abbiamo espresso posizioni differenti, meglio utilizzabili quindi per il dialogo oggetto di questo scritto.

La cosa stavolta è risultata vincente: mi sono ricordato che nello scorso aprile siamo stati invitati insieme a tenere un seminario a Granada da un collega spagnolo, nell'ambito del quale abbiamo mostrato una differenza di vedute in ordine ad un problema che negli ultimi mesi ha molto attirato l'attenzione della dottrina, quello della c.d. doppia pregiudizialità e della innovativa giurisprudenza costituzionale di fine 2017.

Trovato il tema, ho raccolto gli scritti di Antonio più specificamente attinenti alla materia, tutti concentrati nell'ultimo anno e mezzo e ne ho scelti quindici, che cito integralmente in questa nota in ordine cronologico<sup>15</sup> e che successivamente saranno indicati solo attraverso il numero con cui compaiono nella nota e la pagina relativa alla citazione.

---

<sup>7</sup> [La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale \("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012\)](#), in questa [Rivista, Studi 2012](#), 17 dicembre 2012.

<sup>8</sup> [Colpi di maglio della Consulta sul meccanismo di controllo delle leggi siciliane \("a prima lettura" di Corte cost. n. 114 del 2014\)](#), in questa [Rivista, Studi 2014](#), 8 maggio 2014.

<sup>9</sup> [Colpi di fioretto della Corte dell'Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 \(a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria\)](#), in [Diritti Comparati](#), 3/2018, 8 novembre 2018.

<sup>10</sup> [Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti \(a margine di Corte cost. n. 24 del 2017\)](#), in questa [Rivista, Studi 2017/I](#), 81 ss.

<sup>11</sup> [La Corte di giustizia porge un ramoscello di ulivo alla Consulta su Taricco e resta in fiduciosa attesa che legislatore e giudici nazionali si prendano cura degli interessi finanziari dell'Unione \(a prima lettura della sentenza della Grande Sezione del 5 dicembre 2017\)](#), in [Diritti Comparati](#), 3/2017, 11 dicembre 2017.

<sup>12</sup> ["Giallo" alla Consulta: l'"intesa" tra il Presidente e il giudice relatore in pubblica udienza \(nota minima a Corte cost. n. 55 del 2012\)](#), in questa [Rivista, Studi 2012](#), 4 aprile 2012.

<sup>13</sup> [Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora... \(a margine di un comunicato sul caso Cappato\)](#), in questa [Rivista, Studi 2018/III](#), 568 ss.

<sup>14</sup> [Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale \("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012\)](#), in questa [Rivista, Studi 2012](#), 16 ottobre 2012.

<sup>15</sup> A. RUGGERI (1), [Svolta della Consulta sulle questioni di diritto europolitano assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing \(a margine di Corte cost. n. 269 del 2017\)](#), cit.;

A. RUGGERI (2), [Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia \(Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet\)](#), in ID., "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, [Studi dell'anno 2018, XXII](#), Torino, 2019, 1 ss.;

Trattandosi di un dialogo diretto con l'omaggiato il tono sarà colloquiale e le tesi, in certi casi, non puntualmente motivate come si richiede in una pubblicazione scientifica. Non ci sarà infatti alcuna citazione dei molti altri autori che si sono occupati, anche in maniera assai diffusa e articolata, dell'argomento, i quali pertanto resteranno sullo sfondo, come spettatori.

2. La [sentenza 269/2017](#) della Corte costituzionale in tema di “doppia pregiudizialità”: le definizioni della “svolta” e le ragioni che possono giustificare il revirement giurisprudenziale.

Alla fine del 2017, attraverso un *obiter dictum* contenuto nella [sentenza n. 269](#), la Corte costituzionale ha modificato una posizione fin allora granitica in tema di doppia pregiudizialità, che può essere così sintetizzata: nel caso in cui il giudice nutra contemporaneamente un dubbio che legittimi un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e la rimessione di una questione di costituzionalità, egli deve prioritariamente esercitare il rinvio, dal momento che la risposta di Lussemburgo incide necessariamente sulla rilevanza della questione di costituzionalità.

Con la [sent. 269](#) la Corte pone una deroga a tale giurisprudenza per l'ipotesi in cui il giudice ritenga che una legge possa porsi in contrasto sia con disposizioni della Costituzione, sia con quelle della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (da adesso: Carta). In questo caso il giudice dovrà invece sollevare prioritariamente la questione di costituzionalità (prima a Roma poi, eventualmente, a Lussemburgo).

All'*obiter* sopra richiamato, alle successive specificazioni - avutesi in particolare attraverso quattro decisioni del 2019 – ed alle reazioni giurisprudenziali della Corte di giustizia e dei giudici comuni, sono dedicate le osservazioni di Ruggeri prese in considerazione e discusse in questo scritto.

Per comodità queste sono organizzate sotto i seguenti punti:

- a) la definizione della “svolta”;
- b) le ragioni della stessa;
- c) il contenuto dell'*obiter*:
  - c1) il criterio seguito;

---

A. RUGGERI (3), *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e un paio di proposte per un ragionevole compromesso*, in “Itinerari” cit., 21 ss.;

A. RUGGERI (4), [Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269 del 2017 \(a prima lettura di Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob\)](#), in questa [Rivista, Studi 2018/I](#), 82 ss.;

A. RUGGERI (5), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed affettività*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2018, 15 ss.;

A. RUGGERI (6), [Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?](#), in questa [Rivista, Studi 2018/I](#), 155 ss.;

A. RUGGERI (7), *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in “Itinerari” cit., 371 ss.;

A. RUGGERI (8), *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in “Itinerari” cit., 555 ss.;

A. RUGGERI (9), *Colpi di fioretto della Corte dell'Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria)*, in “Itinerari” cit., 595 ss.;

A. RUGGERI (10), *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “a fisarmonica” dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2018, 18 novembre 2018;

A. RUGGERI (11), [I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo](#), in questa [Rivista, Studi 2019/I](#), 157 ss.;

A. RUGGERI (12), [La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto euro unitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro \(a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019\)](#), in questa [Rivista, Studi 2019/I](#), 113 ss.;

A. RUGGERI (13), [Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali \(a margine di Corte cost. n. 117 del 2019\)](#), in questa [Rivista, Studi 2019/II](#), 242 ss.;

A. RUGGERI (14), *Costituzione e rapporti interordinamentali, tra limiti e contro limiti, dal punto di vista della Corte costituzionale*, in [Ordine internazionale e diritti umani](#), 2019, 507 ss.;

A. RUGGERI (15), *Rapporti interordinamentali e rapporti istituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 2019, 35 ss.

- c2) la priorità costituzionale;
- c3) il riferimento agli “altri profili”;
- c4) la determinazione delle “tradizioni costituzionali comuni”;
- d) i problemi:
  - d1) le disposizioni comunitarie attuative della Carta;
  - d2) le reazioni della Corte di giustizia;
  - d3) le reazioni dei giudici comuni, in specie della Cassazione;
- e) i possibili scenari nei rapporti tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte di giustizia;
- f) le possibili soluzioni:
  - f1) la scelta libera dei giudici;
  - f2) la riforma costituzionale o almeno legislativa.

Iniziando dal primo (*sub a*), la decisione in questione viene subito definita come “una svolta”, contenente una “affermazione di straordinario rilievo” che impone un ripensamento di metodo per l’assetto complessivo delle relazioni interordinamentali<sup>16</sup>, poi come la rottura di una armonia e di una quiete che ha determinato uno stato di innaturale tensione e una soluzione che ha snaturato la funzione giurisdizionale, superando i limiti ad essa posti dall’ordinamento<sup>17</sup>. Successivamente la “brusca virata”<sup>18</sup> è stata accostata al fenomeno del riaccentramento di funzioni in capo al Giudice costituzionale<sup>19</sup>, giungendo infine a qualificare la decisione come “una delle pronunce che hanno fatto (...) la storia dei rapporti tra il diritto (...) eurounitario ed il diritto interno”, avendo determinato una svolta per ciò che attiene al modo con cui le antinomie debbono essere risolte<sup>20</sup>.

Al proposito sollevo solamente un interrogativo: visto che, come vedremo, la [sent. n. 269](#) viene intesa dall’omaggiato nel senso che, al fondo, lascerebbe i giudici liberi di scegliere se fare rinvio alla Corte di giustizia o sollevare questione di costituzionalità - e questo ovviamente solo con riguardo alla limitata ipotesi di contemporaneo contrasto con la Costituzione e con la Carta - non suonano un poco esagerate le definizioni di cui sopra?

Ciò anche in considerazione del fatto che negli ultimi anni sono ormai molte, forse un po’ troppe, le decisioni della Corte definite, a prima (o seconda o terza) lettura, come “storiche”.

Circa le ragioni (*sub b*) del mutamento giurisprudenziale, queste vengono indicate nella volontà di superare la situazione di isolamento in cui la Corte era finita per porsi nei riguardi del circuito giudici comuni-Corte di giustizia e di cercare quindi di recuperare una porzione di contenzioso e di reimmettersi nel dialogo, specie con la seconda<sup>21</sup>. Questa volontà viene qualificata come una “rivendica orgogliosa e gelosa del diritto all’esclusiva in ordine alla definizione dei principi fondamentali ed alla risoluzione delle antinomie che li riguardano”<sup>22</sup>.

Concordo perfettamente con la prima affermazione, mentre esprimo qualche riserva sulla seconda, a seguito della valutazione di una serie di elementi che cerco in sintesi di riassumere.

Anzitutto la trasformazione che ha subito il rinvio pregiudiziale previsto dall’art. 267 del Trattato, la cui lettera mostra chiaramente quanta strada è stata fatta dalla giurisprudenza creativa della Corte di giustizia: il rinvio infatti è stato ed è utilizzato non tanto per ricevere la corretta interpretazione del diritto comunitario allo scopo di una omogenea applicazione del medesimo, quanto per attivare un vero e proprio controllo di “comunitarietà” della normativa nazionale. Un elemento da tempo denunciato dalla dottrina, per la quale mi limito a ricordare Tommaso Giovannetti e Roberta Calvano che parlò di “controllo occulto” delle leggi nazionali.

A ciò si aggiungano, più di recente, due elementi di straordinaria importanza, non a caso assai vicini nel tempo: il riconoscimento del valore giuridico della Carta e la riconosciuta

---

<sup>16</sup> A. RUGGERI (1), 5.

<sup>17</sup> A. RUGGERI (6), 155.

<sup>18</sup> A. RUGGERI (10), 25.

<sup>19</sup> A. RUGGERI (10), 25; (11), 164; (14), 522; (15), 53.

<sup>20</sup> A. RUGGERI (11), 164.

<sup>21</sup> A. RUGGERI (7), 389-90.

<sup>22</sup> A. RUGGERI (8), 585.

autolegittimazione della Corte costituzionale ad effettuare il rinvio pregiudiziale, fino ad allora espressamente esclusa.

La ragione della “svolta” nasce quindi dalla volontà della Corte di evitare che si avverino e si consolidino le previsioni di Onida circa il rischio che il controllo diffuso in ordine ai rapporti tra il diritto nazionale e quello comunitario porti alla inutilità del controllo della Corte costituzionale, a seguito del realizzarsi di un circuito alternativo di sindacato diffuso con riguardo ai diritti fondamentali. Una difesa quindi del sistema accentrato di costituzionalità scelto dal Costituente e quindi del fondamentale ruolo attribuito alla Corte costituzionale, più che una “rivendica orgogliosa e gelosa del diritto all’esclusiva”.

*3. Il contenuto della decisione: il criterio seguito, la natura obbligatoria o meno della priorità costituzionale, la limitazione degli “altri profili” alla possibilità di disapplicazione dopo la sentenza di infondatezza ed il concorso alla determinazione delle “tradizioni costituzionali comuni”.*

Quanto al contenuto, viene esattamente posto in rilievo come la Corte costituzionale proceda ad un mutamento del criterio fin allora seguito (*sub c1*): non rileva più quello strutturale relativo alla efficacia diretta o meno dell’atto, ma al suo posto viene sostituito quello assiologico-sostanziale della natura costituzionale delle disposizioni della Carta<sup>23</sup>.

Osservo in proposito solo che il criterio strutturale, fondato sulla efficacia diretta aveva condotto al formarsi di quella giurisprudenza del “dialogo per interposta persona”, fondata sull’efficacia diretta del diritto comunitario (intesa in maniera assai generosa) e sulla sua incidenza sul requisito della rilevanza. Soluzione quest’ultima di natura giurisprudenziale e non certamente obbligata, come da tempo posto in risalto da una parte della dottrina (compreso chi scrive) e come dimostrato dalla esperienza francese, dove l’introduzione del giudizio in via incidentale, pure fondato sul requisito della rilevanza, non ha impedito che fosse prevista la priorità costituzionale.

Al fondo la “svolta” consiste nell’aver chiesto ai giudici di procedere, nei limitati casi espressamente indicati e circoscritti, a sollevare prioritariamente la questione di costituzionalità (*sub c2*) rispetto al porre l’analoga questione al giudizio della Corte di giustizia.

La lettura che viene data dall’“onorato” risulta in sostanza riduttiva, nel senso che la priorità non sarebbe obbligatoria, ma solo facoltativa. Egli sostiene infatti di “non vedere neppure un rigo nella [269](#) a sostegno del supposto rovesciamento dell’ordine cronologico delle due pregiudizialità (...), la novità sta (...) nel fatto che d’ora innanzi [il giudice] potrà scegliere a quale pregiudizialità dare la precedenza”<sup>24</sup>. Non un obbligo quindi, ma una libera scelta del giudice.

In proposito vorrei provare ad indicare, sempre in sintesi, “qualche rigo” a sostegno invece della obbligatorietà: a) scrive la Corte nella [269](#): le violazioni dei diritti della persona postulano “la necessità” di un intervento *erga omnes* ad opera della stessa Corte, in ragione del ruolo assegnato dalla Costituzione al giudizio accentrato; b) la suddetta pronuncia così conclude: la Corte ritiene che, nel caso in cui una legge sia considerata contraria alla Costituzione ed alla Carta, in ambito di rilevanza comunitaria, “debba” essere sollevata questione di legittimità costituzionale; c) la Corte si premura di sottolineare come la priorità costituzionale è consentita, pur se a certe condizioni, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e cita la decisione sulla normativa francese che ha riconosciuto appunto la priorità costituzionale.

Per ben otto volte<sup>25</sup> Antonio, utilizzando differenti espressioni (“molti commentatori”, “una nutrita schiera di studiosi”, “molti”, “una lettura pressoché universalmente condivisa”, “numerosa dottrina”,

<sup>23</sup> A. RUGGERI (1), 6; (11), 164.

<sup>24</sup> A. RUGGERI (8), 578.

<sup>25</sup> Queste per l’esattezza:

1) A. RUGGERI (8), 578, nota 46.

2) A. RUGGERI (5), 26, nota 37.

3) A. RUGGERI (11), 65, nota 18.

“dottrina quasi unanime”) contesta a me, insieme a molti altri, di aver letto la [sent. 269](#) nel senso di un vero e proprio ribaltamento della priorità, dovendosi pertanto d’ora innanzi dare comunque la precedenza al ricorso alla Corte costituzionale.

Nell’unico mio intervento scritto sul tema<sup>26</sup> ho dato questa lettura della [sent. 269](#): la Corte non introduce un ribaltamento del vecchio criterio, ma solamente una deroga allo stesso per un’ipotesi limitata (violazione congiunta di Costituzione e di Carta). L’utilizzo nei confronti dei giudici dei termini “necessità” e “doverosità”, sembra introdurre un obbligo di sollevare prioritariamente la questione di costituzionalità, ma tale obbligo palesemente non potrà essere controllato e sanzionato dalla Corte, per cui dobbiamo ritenere che si tratti nella sostanza solo di un “invito” rivolto ai giudici a dare la priorità alla questione di costituzionalità. Un invito quindi privo di sanzioni.

La Corte costituzionale, nel corso del 2019 ha portato, a giudizio unanime, una correzione rispetto a quanto sostenuto nella [269](#), sostituendo, tra l’altro, significativamente il termine “necessità” con quello di “opportunità”<sup>27</sup>.

La [sent. 269](#), nel richiamare la decisione della Corte di giustizia sul caso francese procede ad una interpolazione della medesima introducendo una limitazione in essa non prevista: dopo la sentenza di rigetto del Giudice costituzionale il giudice potrà disapplicare la normativa nazionale ritenuta in contrasto con il diritto dell’Unione, solamente “per altri profili” (*sub c3*), ossia per motivi differenti a quelli esaminati dalla Corte.

L’“omaggiato” pone in evidenza puntualmente ed in maniera del tutto convincente la contrarietà di una simile previsione con la giurisprudenza europea<sup>28</sup>, chiedendosi pure quali potrebbero essere tali, ulteriori profili, dal momento che tutti quelli rilevanti dovrebbero essere stati posti dal giudice *a quo* nell’ordinanza di rinvio<sup>29</sup>.

In alcuni casi però il nostro pare confondere, o meglio sovrapporre, la possibilità di un rinvio pregiudiziale (richiamando in contrario l’obbligo del giudice di ultimo grado, ex art. 267 Tfu), anche dopo la sentenza del Giudice costituzionale, con la possibilità in tal caso di una diretta disapplicazione.

La prima infatti è espressamente ammessa dalla Corte che richiama la giurisprudenza europea (possibilità di fare rinvio “in qualunque fase del procedimento (...) e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale sulle leggi”), mentre ad essere limitata “per altri profili” risulta essere solo la diretta disapplicazione.

La successiva giurisprudenza, in particolare le [decisioni 20, 63 e 117/2019](#), procederanno ad eliminare il riferimento agli “altri profili”, affermando esplicitamente la totale libertà del giudice di disapplicare, per qualsiasi motivo, anche dopo la sentenza di rigetto della Corte. La cosa sarà sottolineata come elemento positivo (come “luce”) da parte dell’“onorato”<sup>30</sup>, che non farà mancare le sue valutazioni su ognuna delle decisioni ricordate<sup>31</sup>.

Nella [sent. 269](#) la Corte sottolinea come essa giudicherà, se del caso, sia alla luce dei parametri costituzionali che di quelli della Carta, interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni (*sub c4*), precisando poi ([sent. 20 e 117/2019](#)) che lo scopo è quello di contribuire a che i diritti

---

4) A. RUGGERI (9), 601, nota 14.

5) A. RUGGERI ([13](#)), 247, nota 21.

6) A. RUGGERI ([12](#)), 117, nota 23.

7) A. RUGGERI (14), 524, nota 29.

8) A. RUGGERI (15), 57, nota 54.

<sup>26</sup> *Dalla “diffusione” all’“accentramento”*: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, in *Foro it.*, 2018, I, 2226 ss.

<sup>27</sup> [Corte cost. n. 20/2019](#) e su di essa A. RUGGERI (12), 595 ss.

<sup>28</sup> A. RUGGERI ([4](#)), 82 ss.; (8), 579, dove sostiene che la Corte lo abbia fatto per evitare di essere contraddetta dalla Corte di giustizia; (10), 28.

<sup>29</sup> A. RUGGERI ([6](#)), 157.

<sup>30</sup> A. RUGGERI ([12](#)), 113.

<sup>31</sup> Sulla [20/19](#) A. RUGGERI ([12](#)), 113 ss.; sulla [63/19](#) A. RUGGERI (11), 157 ss.; sulla [117/19](#) A. RUGGERI ([13](#)), 242 ss.

fondamentali (specie quelli contenuti nella Carta) siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni degli stati membri.

In proposito, Antonio parla di un disallineamento della nostra Corte rispetto alla giurisprudenza europea in quanto riporterebbe alla prima la interpretazione in ultima istanza della Carta, specialmente per quanto concerne la verifica della rispondenza delle letture che ne dà la Corte di giustizia alle “tradizioni costituzionali comuni”<sup>32</sup>.

Provo a dare una diversa lettura al riferimento in questione e lo faccio in maniera assolutamente sintetica, quasi telegrafica, rinviando a quanto espresso in altra sede<sup>33</sup>.

Nel momento attuale del costituzionalismo le costituzioni nazionali, come sostiene Häberle, non possono che essere “costituzioni parziali”, per cui il loro ruolo non può che, almeno parzialmente, modificarsi, con valorizzazione non tanto della loro supremazia gerarchica, quanto della loro capacità di adeguarsi ad un certo quadro di valori materiali. La identità politica e culturale del paese è elemento al quale far riferimento allo scopo di collaborare, nelle forme e modalità consentite, alla formazione delle “tradizioni costituzionali comuni” ed a questo fine molto importante è il ruolo che sono chiamati a svolgere i giudici nazionali ed in particolare i Giudici costituzionali nelle loro relazioni con quelli europei.

*4. Qualche aspetto problematico: l’oggetto della priorità costituzionale, la Carta dei diritti o pure le disposizioni direttamente attuative della stessa; le reazioni, vere o supposte, della Corte di giustizia dell’Unione europea e quelle dei giudici nazionali (in particolare della Corte di cassazione).*

Nel trattare il tema della doppia pregiudizialità, l’“onorato” ha evidenziato sugli altri alcuni problemi sui quali ha particolarmente insistito: quello dell’oggetto della “priorità costituzionale” e quello delle possibili reazioni alla “svolta” da parte della Corte di giustizia e dei giudici comuni.

Sul primo (*sub* d1) Ruggeri aveva subito avvertito che i presupposti teorici sui quali si fonda la [269](#) non escludono un allargamento dell’ambito di applicazione della priorità costituzionale potendosi estendere anche alle disposizioni attuative della stessa<sup>34</sup>.

La previsione del nostro è risultata azzeccata in quanto tale ipotesi si è effettivamente realizzata in occasione della [sent. 20/2019](#), in cui la Corte ha ritenuto che il trattamento riservato alle ipotesi di supposta violazione della Carta (congiuntamente con quella della Costituzione) deve estendersi anche alle disposizioni comunitarie strettamente connesse.

Inevitabile quindi il giudizio estremamente negativo di Antonio che parla in proposito di “ombre” riguardo alla [sent. 20](#)<sup>35</sup> e giudica la stessa poi “una forma esasperata” di rientrare nel dialogo con la Corte di giustizia<sup>36</sup>.

In proposito mi limito ad avanzare anche in questo caso una differente lettura: come dimostra il caso della [sentenza n. 20](#), si tratta di ipotesi in cui il parametro denunciato è difficilmente scindibile tra disposizione della Carta e norma attuativa (tanto che nella specie la Corte rileva come addirittura è la Carta ad aver recepito il principio già fissato dalla normativa derivata) e potrebbe quindi frustrare la finalità della “svolta” in quanto il giudice potrebbe procedere alla diretta disapplicazione facendo applicazione della norma derivata e non della Carta. Un po’ come se, denunciato un effetto normativo derivante dal congiunto di una legge e di un regolamento attuativo, il giudice procedesse a risolvere il caso disapplicando il regolamento, senza sollevare questione di costituzionalità della legge.

---

<sup>32</sup> A. RUGGERI (2), 9; (3), 31.

<sup>33</sup> *Uno sguardo al futuro del costituzionalismo*, relazione al Seminario italo-spagnolo, IV Congresso internazionale “*Perspectivas del constitucionalismo contemporaneo*”, Murcia 28-30 novembre 2018, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

<sup>34</sup> A. RUGGERI (1), 10-12.

<sup>35</sup> A. RUGGERI ([12](#)), 113.

<sup>36</sup> A. RUGGERI (14), 523.

In varie occasioni Antonio ha messo in allarme circa le possibili reazioni alla “svolta” da parte della Corte di giustizia (*sub d2*), ritenendo la prima in contrasto con i principi ricavabili dalla giurisprudenza europea e presagendo quindi che si sarebbe potuta aprire una nuova fase di contrasto, forse addirittura più acuta, rispetto a quella appena conclusa con la vicenda Taricco<sup>37</sup>.

Una conferma dei suoi timori il nostro l’ha poi trovata in particolare in due decisioni della Corte di giustizia, entrambe da lui puntualmente annotate: la sentenza *Global Starnet* del 2017<sup>38</sup> e la sentenza *XC, YB, ZA c. Austria* del 2018<sup>39</sup>.

A proposito della prima egli ha parlato di “pronta reazione”<sup>40</sup> del Giudice europeo al quale la “svolta” della nostra Corte sarebbe risultata sgradita e lo avrebbe indotto a confermare prontamente il suo consolidato orientamento favorevole all’esperimento del rinvio senza limiti di tempo<sup>41</sup>.

Riguardo alla seconda l’“omaggiato” riporta un passo della motivazione, evidenziandone alcune parti: l’obbligo dei giudici di disapplicare qualsiasi disposizione contraria al diritto comunitario “*senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*” (corsivo del Nostro).

Ad esse fa seguire questa osservazione: “è evidente, sì da non richiedere alcun commento, il messaggio indirizzato al giudice costituzionale nella chiusa del ragionamento da me rimarcata che (...) suona quale chiara contestazione dell’indirizzo inaugurato dalla [269](#), pur non facendosi ad essa – ed è una mossa studiata e accorta – alcun richiamo esplicito”<sup>42</sup>.

Solo due brevissimi rilievi: la prima decisione della Corte di giustizia, seppure portante una data di pochi giorni successiva alla [269](#), è stata scritta con certezza prima del deposito della decisione del nostro Giudice costituzionale, difficile pertanto ritenerla una “pronta risposta” a quest’ultima.

Per la seconda, il passaggio ricordato ed evidenziato risulta essere la mera trascrizione, con minime e non significative varianti, della nota [sentenza Simmenthal del 1978](#), anteriore di 40 anni alla [269](#)<sup>43</sup>.

Se a proposito dei rapporti della Corte costituzionale con la Corte di giustizia, Antonio ha raffigurato gli stessi come “un incontro di fioretto (...) in cui non si sa ancora di chi sarà il colpo vincente”<sup>44</sup>, allorché introduce un altro soggetto (i giudici comuni) la raffigurazione diviene giustamente (essendo l’incontro di fioretto a due) quella della “partita di poker, con plurimi rilanci dei giocatori senza che sia chiaro chi ha buone carte in mano e chi tenta un ardito *bluff*”<sup>45</sup>.

Circa la reazione alla “svolta” da parte dei giudici comuni (*sub d3*), ed *in primis* della Cassazione, l’“onorato” prefigura la possibilità di un uso abnorme dello strumento della interpretazione conforme ed una possibile svalutazione del significato e della portata della Carta<sup>46</sup> e, in altra occasione, aggiunge invece il rischio di una applicazione diretta della Carta stessa<sup>47</sup>.

La reazione viene individuata nel fatto che pochissime sono le questioni in cui il giudice ha denunciato congiuntamente la violazione della Costituzione e della Carta, nonché nella decisione con cui la Cassazione ha chiesto un “chiarimento” al Giudice costituzionale con riguardo alla compatibilità della limitazione degli “altri profili” con l’obbligo, quale giudice di ultima istanza, di

---

<sup>37</sup> A. RUGGERI (1), 12; (2), 2 ss.

<sup>38</sup> [Corte giust., sez. I, 20 dicembre 2017, Global Starnet.](#)

<sup>39</sup> [Corte giust., Grande sez., 24 ottobre 2018, XC, YB e ZA c. Austria.](#)

<sup>40</sup> A. RUGGERI (11), 166; (15), 57.

<sup>41</sup> A. RUGGERI (14), 524.

<sup>42</sup> A. RUGGERI (9), 602.

<sup>43</sup> [Corte giust. 9 marzo 1978, Simmenthal.](#) Questo il dispositivo:

“il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”.

<sup>44</sup> A. RUGGERI (2), 2.

<sup>45</sup> A. RUGGERI (4), 82.

<sup>46</sup> A. RUGGERI (6), 158.

<sup>47</sup> A. RUGGERI (5), 32.

rinvia questioni pregiudiziali e di disapplicare la legge nazionale, nel caso in cui la ritenga in contrasto con il diritto comunitario<sup>48</sup>.

Il nostro si mostra comunque critico verso quest'ultima pronuncia che qualifica come “non coraggiosa e non vincente”, in quanto, a suo giudizio, avrebbe invece potuto accordare la precedenza alla Corte di giustizia, avendo così contezza circa la coincidenza tra i contenuti della Carta e quelli della Costituzione<sup>49</sup>, anche se poi ammette che la Corte costituzionale, con le [sent. 20](#) e [63/2019](#), ha ascoltato le richieste della Cassazione ed ha spianato la strada per un rinvio del giudice a tutto campo<sup>50</sup>.

Nel giudicare gli effetti della “svolta” verso i giudici, Antonio abbraccia decisamente la causa di questi ultimi e le grida di dolore che si sono alzate specie da parte della Cassazione e dei suoi giudici, nel timore di perdere la posizione acquisita (e per lungo tempo sollecitata dalla stessa Corte costituzionale) di interlocutore privilegiato della Corte di giustizia. La situazione viene in alcuni casi descritta dal nostro, a mio avviso non opportunamente, come se fosse in corso una vera e propria guerra di posizioni.

Antonio scrive: “all’attacco sferrato con la [269](#) (...) i giudici nazionali (in specie per bocca della Cassazione) hanno prontamente reagito a colpi di fioretto, abilmente portati nei punti più deboli del corpo dell’avversario”<sup>51</sup>, parla della [269](#) come di una pronuncia che spinge giudici e Corte Ue ad allearsi “in modo sempre più stretto ed a difendersi dallo sforzo poderoso prodotto dalla Consulta nell’intento di recuperare spazi crescenti a beneficio della centralità del proprio ruolo ed a discapito di quello dell’una e degli altri”<sup>52</sup>, sostenendo infine, con riguardo alla Carta, di un “dialogo interrotto” tra la stessa ed i giudici a seguito della nuova giurisprudenza costituzionale<sup>53</sup>.

Mi limito solo ad aggiungere che la “svolta”, oltre alle ragioni già ricordate, è stata in più occasioni richiesta dalla stessa magistratura (anche se non dalla Cassazione), la quale ha sollecitato la Corte costituzionale a superare la consolidata giurisprudenza sulla necessaria priorità comunitaria. Ciò è avvenuto in un caso pronunciando due distinti provvedimenti l’uno indirizzato a Roma, l’altro a Lussemburgo; invocando in altro il principio di certezza del diritto e chiedendo quindi la dichiarazione di incostituzionalità, pur se convinti del contrasto anche con il diritto comunitario; interrogandosi sull’obbligo di rinvio pregiudiziale per le stesse ragioni per le quali la Corte costituzionale aveva dichiarato infondata la questione con riguardo a analoghi parametri costituzionale<sup>54</sup>.

*5. La prospettazione di prevedibili scenari nelle relazioni tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di giustizia e le soluzioni possibili: la libera scelta dei giudici o le modifiche ad opera del legislatore.*

Nei suoi scritti dedicati al tema della doppia pregiudizialità, assai spesso l’“onorato” si è esercitato nel prefigurare quali scenari – in un caso definiti “imprevedibili e francamente inquietanti”<sup>55</sup> - si sarebbero potuti aprire a seguito della “svolta”, particolarmente con riguardo alla posizione del giudice comune (*sub e*).

Proverò adesso, senza pretesa di completezza, a ricostruire gli scenari di volta in volta presi in considerazione.

Una prima ipotesi riguarda la posizione del giudice prima di sollevare eventualmente la questione di costituzionalità. In proposito Antonio insiste molto nel sottolinearne la possibilità, ed anzi la

---

<sup>48</sup> Cass. II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, *Bolognesi c. Consob*.

<sup>49</sup> A. RUGGERI (4), 85-86.

<sup>50</sup> A. RUGGERI (11), 166.

<sup>51</sup> A. RUGGERI (8), 578.

<sup>52</sup> A. RUGGERI (12), 113.

<sup>53</sup> A. RUGGERI (15), 55.

<sup>54</sup> Per riferimenti a tali decisioni, mi sia consentito rinviare a *Dalla “diffusione” all’“accentramento”* cit., 2229-2231.

<sup>55</sup> A. RUGGERI (14), 523.



necessità, del rinvio allo scopo di acquisire elementi utili per determinarsi ai passi successivi<sup>56</sup>, specificando anche che, qualora la Corte di giustizia sollecitasse un'applicazione diretta del diritto comunitario con conseguente disapplicazione di quello nazionale, il giudice non potrebbe sollevare questione di costituzionalità, ma sarebbe obbligato a disapplicare<sup>57</sup>.

Certamente nessun dubbio penso possa nutrirsi sulla possibilità di un rinvio prima di sollevare la questione, dal momento che nella stessa [269](#), dopo aver indicato l'obbligo di sollevare questione di costituzionalità, si legge: “fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del Tfu”.

Una seconda ipotesi è relativa alla posizione del giudice dopo la sentenza della Corte costituzionale, la quale, se di accoglimento, non lascia spazio per un eventuale rinvio da parte del giudice<sup>58</sup>.

Qualora invece sia una pronuncia di rigetto, il giudice potrà proporre un rinvio a Lussemburgo e, qualora la risposta sia nel senso di un contrasto con la normativa comunitaria, il nostro pone un quesito, che determina la “messa in croce”<sup>59</sup> del povero giudice: può questi disapplicare direttamente oppure deve sollevare (nuovamente) questione di costituzionalità, superando la preclusione in nome della novità sopravvenuta della sentenza della Corte di giustizia?<sup>60</sup>

In un primo momento Antonio pare giudicare le due ipotesi entrambe possibili, ma successivamente prende una decisione e risolve il quesito accogliendo stavolta senza incertezze la prima soluzione.

Negli scritti più recenti infatti l'“omaggiato” afferma senza incertezze che non si vede come il giudice, acclarato il significato e l'applicazione diretta della Carta, possa sollevare questione, anziché disapplicare, senza con ciò venire meno ai suoi obblighi di giudice comunitario<sup>61</sup>.

Per questo non esita a definire “stupefacente” l'atteggiamento della nostra Corte che parrebbe avallare l'inadempienza del giudice nei confronti del diritto comunitario<sup>62</sup>, giungendo, in maniera a mio avviso davvero eccessiva, a sottolineare che così facendo la Corte costituzionale chiederebbe al giudice addirittura di violare l'art. 11 Cost. (impedendo l'applicazione del canone dell'applicazione diretta) ed a ritenere “singolare che quest'esito sia caldeggiato dallo stesso giudice costituzionale che ha sempre fatto della salvaguardia della Costituzione (ed in particolare dei suoi principi fondamentali) la propria bandiera”<sup>63</sup>.

Diverso è ovviamente lo scenario prospettato, allorché si suppone l'esistenza di una lacuna legislativa e si delinea quindi la possibilità di una applicazione diretta della Carta, al pari di quanto ammesso per la Costituzione<sup>64</sup>, anche se in altra occasione il nostro sembra non distinguere tra un'applicazione diretta della Carta in assenza di normativa nazionale e la disapplicazione di quest'ultima in conseguenza dell'applicazione diretta della Carta<sup>65</sup>.

Venendo infine alle soluzioni prospettate da Antonio, debbo premettere come non sia sempre così semplice individuarle e questo non certo perché il nostro sia reticente ad esporsi in maniera esplicitamente (tutt'altro), ma in quanto accade che venga avanzata una tesi come risolutiva, ma poi siano mosse dallo stesso ideatore rilievi, anche importanti, che sono quindi analizzati sempre dal medesimo con controrepliche (a proposito dei ritardi aerei cui facevo riferimento all'inizio), tanto poi da non dare certezze in chi deve ricostruirne il pensiero.

Comunque, credo di aver individuato con relativa certezza almeno due soluzioni che l'“onorato” ci propone.

---

<sup>56</sup> A. RUGGERI [\(6\)](#), 156-157.

<sup>57</sup> A. RUGGERI (11), 169-171.

<sup>58</sup> A. RUGGERI (2), 5.

<sup>59</sup> A. RUGGERI (3), 31; [\(6\)](#), 157.

<sup>60</sup> A. RUGGERI (2), 6.

<sup>61</sup> A. RUGGERI [\(13\)](#), 248.

<sup>62</sup> A. RUGGERI (14), 527.

<sup>63</sup> A. RUGGERI (15), 56.

<sup>64</sup> A. RUGGERI (5), 34-35.

<sup>65</sup> A. RUGGERI (11), 168.

La prima (*sub f1*), sulla base della “svolta” determinata dalla [sent. 269](#).

Dopo aver escluso che l’eventuale conflitto di giudicati ed i problemi posti dalla “svolta” stessa si possano superare attraverso il congiunto e contemporaneo ricorso al rinvio pregiudiziale ed alla questione di costituzionalità<sup>66</sup>, il nostro propone quello che definisce un “onorevole compromesso”, consistente nel riconoscere ai giudici di imboccare l’una o l’altra strada, scegliendo la tecnica di risoluzione delle antinomie congeniale al tipo di violazione riscontrata. “Non si vede perché mai” – conclude il nostro – “in caso di denuncia di plurime violazioni, non si possa stabilire a quale dare la precedenza, sottoponendola al vaglio della Corte rispettivamente competente”<sup>67</sup>.

In sostanza che i giudici facciano come se la [269](#) non fosse stata pronunciata, una soluzione quindi, come riconosce lo stesso Antonio, avvicicabile al “classico uovo di Colombo”<sup>68</sup>.

Due mesi dopo la soluzione viene però sottoposta a critica dallo stesso “omaggiato”, il quale osserva come la Corte non chiamata in causa potrebbe ritenersi per questo menomata.

Per presentare la nuova soluzione (*sub f2*) Antonio chiama in causa i poemi omerici, dove le situazioni sono talmente aggrovigliate da apparire non risolubili con le sole forze degli uomini, tanto che possono essere risolte solamente grazie al “*deus ex machina*”, calato dal cielo per mettere tutto a posto<sup>69</sup>.

Scendendo sulla terra, questa la soluzione: mantenere la precedenza, almeno in via ordinaria, alla pregiudizialità comunitaria e, con riguardo a eventuali violazioni della Carta, il giudice deve procedere immediatamente alla disapplicazione, ma può contemporaneamente anche sollevare la questione di costituzionalità, per dare alla Corte la possibilità di eliminare la normativa nazionale con effetto *erga omnes*. Non quindi una alternativa secca tra sistema accentrato e sistema diffuso, ma un cumulo degli stessi, allo scopo di tranquillizzare la nostra Corte circa la possibile erosione del primo.

Alla tesi il nostro pone però una obiezione: ciò significherebbe una deviazione forse non sopportabile delle regole del processo costituzionale, attraverso la messa da canto per il giudizio incidentale della pregiudizialità.

Alla sua obiezione il nostro controreplica che la forte deviazione dalle regole processuali sarebbe sopportabile per il fatto di venire in considerazione, quale norma interposta, non una qualsiasi norma comunitaria, ma un atto tipicamente costituzionale come la Carta.

Un simile risultato non sarebbe perseguibile per via giurisprudenziale, ma solamente attraverso un intervento del “*deus ex machina*”, che si materializzerebbe nella veste del legislatore<sup>70</sup>.

La soluzione prospettata richiama in parte quella avanzata qualche anno fa da Andrea Cardone, il quale però proponeva una riforma sulla base del principio di competenza: il contrasto delle fonti nazionali con quelle di diritto comunitario “ordinario” da risolvere secondo l’attuale sistema diffuso, mentre il conflitto con norme comunitarie di natura costituzionale (quale la Carta) da attribuire al controllo accentrato e quindi alla Corte costituzionale.

Assai più simile alla tesi di Antonio è invece quella di “competenza concorrente” che avevo provocatoriamente avanzato nel 2013 in occasione delle *Giornate italo-spagnole-brasiliane* che si tennero a Barcellona e che aveva la medesima finalità, modificando il nostro modello di giustizia costituzionale da “misto” a “duale”, con la possibilità di procedere alla disapplicazione e successivamente di sollevare la questione di costituzionalità, estendendo il sistema anche alle violazioni della Cedu<sup>71</sup>.

Quest’ultima proposta implicherebbe tutta una serie di considerazioni relative al sistema più efficace di tutela dei diritti fondamentali, alla natura del Giudice costituzionale ed al significato, oggi,

<sup>66</sup> A. RUGGERI (6), 159.

<sup>67</sup> A. RUGGERI (3), 37.

<sup>68</sup> A. RUGGERI (2), 9-10.

<sup>69</sup> A. RUGGERI (6), 155, nota 1.

<sup>70</sup> A. RUGGERI (6), 155 ss.; (11), 170-171; (12), 118-119; (14), 526-527; (15), 60.

<sup>71</sup> *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), Rassegna n. 3/2014, 1 ss. ed *ivi* anche la indicazione bibliografica dello scritto di A. CARDONE citato nel testo.

della scelta a favore di un sistema accentrato, le quali, anche per ragioni di spazio, mi riservo di svolgere eventualmente in altra sede.

Sempre ovviamente in contraddittorio con Antonio e sempre con la stima e l'affetto che ha contraddistinto questi quaranta anni di comune vita accademica e di rapporti personali.

**Antonio Ruggeri**

**Tre minime notazioni in tema di norme non scritte di rilievo costituzionale\***

*Sono particolarmente lieto di essere qui con voi ad omaggiare un amico carissimo di vecchia data ed un collega valoroso, con il quale non sono d'accordo su nulla (o quasi) ma al quale mi sento accomunato, oltre che da stima ed affetto reciproci, da una passione per lo studio che con gli anni non soltanto non è scemata ma è anzi cresciuta sempre di più.*

*Sono venuto da lontano perché avevo un debito di gratitudine da saldare e ricambiare. Molti anni addietro – a fine gennaio 1995 – a Palermo, nel corso di un incontro di studio che ci vedeva impegnati entrambi, Roberto fece una pubblica dichiarazione che mi colse di sorpresa e mi gratificò molto, affermando che pochi studiosi come (e più) di me avevano costantemente alimentato la sua produzione scientifica, dal momento che l'uscita di un mio scritto spesso aveva sollecitato, per reazione, uno suo. In quella occasione non ebbi il coraggio di replicare che proprio pochi minuti prima, conversando con un comune amico e collega a lui carissimo, ci dicevamo l'un l'altro che Roberto è uno studioso che non dichiarerà mai di essere d'accordo con te neppure se tu dichiari di essere d'accordo con lui...*

*E vengo al merito di questo mio intervento, per me inusualmente contratto al fine di contenere entro pochi minuti lo sforamento del tetto draconianamente fissato dal canone "biniano" dei classici sette minuti.*

Mi soffermo solo su tre punti, sottoponendovi due notazioni e formulando un auspicio finale.

La prima riguarda la confusione, che non di rado si fa e che ho ritenuto poco tempo addietro di denunciare proprio con riferimento al tema che oggi ci occupa, tra comportamento e regola. Un fermo invito ad evitarla è, di recente, venuto anche da Giorgio Grasso, in uno scritto nel quale si confronta specificamente con me sul tema delle convenzioni<sup>1</sup>. Queste ultime, in ispecie, non sono – perlomeno per come io le vedo – comportamenti ma spiegazioni e qualificazioni allo stesso tempo degli stessi. Per porsi quali "regole" (nella ristretta e propria accezione del termine) richiedono esse pure di potersi fregiare dell'attributo della ripetibilità temporale; e, d'altronde, proprio il termine "prassi", di sicuro prescelto a motivo della sua semantica duttilità ed ambiguità, evoca subito l'idea della "regolarità", di ciò che ritorna più volte, addirittura un numero indeterminato di volte<sup>2</sup>. Pur nascendo infatti in relazione ad un comportamento dato, le regole in genere (e, tra queste, dunque anche quelle non scritte) devono esibire il tratto di poter valere anche nei casi in cui il comportamento stesso dovesse presentarsi tale e quale in successive circostanze. Ogni regola, proprio perché tale, è infatti sorretta da un *animus* o, se si preferisce altrimenti dire, da una *opinio* (non soltanto quelle consuetudinarie): nel caso delle convenzioni, per come sono da noi intese, quella della politica convenienza; nel caso delle consuetudini, invece, l'altra della giuridica obbligatorietà (tornerò sulle consuetudini di qui ad un momento).

Solo che, con riguardo alle regole non scritte, non disponendo di un atto che le produca e renda visibili, possiamo sapere se sono davvero tali solo *ex post*, a seguito della osservazione nel tempo dei comportamenti e delle loro qualificazioni (è perciò – dico di passaggio – che non mi ha mai persuaso la tesi, pure accreditata<sup>3</sup>, favorevole a riconoscere consuetudini costituzionali anche in

\* Intervento all'incontro di studio su *La prassi nel diritto costituzionale: una questione di metodo*, svoltosi a Ferrara il 26 novembre 2019 in occasione della consegna degli *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019.

<sup>1</sup> G. GRASSO, *Convenzioni costituzionali e forma di governo nel primo scorcio della XVIII legislatura: "prove di dialogo" con Antonio Ruggeri*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 18/2019, 2 ottobre 2019, spec. la chiusa del lavoro.

<sup>2</sup> È da notare, peraltro, che nella lingua greca il termine è oggi adoperato anche (e soprattutto) quale sinonimo di "atto", differenziandosi rispetto all'uso corrente in molte altre lingue, tra cui la nostra, sia per la mancata coincidenza con ciò che è non scritto e sia per il riferimento a ciò che è posto in essere per un singolo caso.

<sup>3</sup> Riferimenti, di recente, in G.U. RESCIGNO, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in [Osservatorio sulle fonti](http://www.osservatorio.sullefonti.it), 2/2018.

presenza di un solo comportamento giudicato idoneo a produrle ed a darne conferma). Insomma, una qualche “regolarità” – come a me piace dire – deve pur esservi anche per i canoni convenzionali. La qual cosa mi ha di recente indotto a ritenere<sup>4</sup> che la congiuntura presente non sia affatto benigna per l’affermazione di nuove convenzioni, a motivo del quadro politico-istituzionale assai confuso e sfilacciato risultante da forze politiche che sono visibilmente allo sbando, alla ricerca di un loro *ubi consistam*, di una identità non raggiunta e temo problematicamente raggiungibile e di un pur minimamente apprezzabile, fisiologico svolgimento dei loro rapporti, ferma la naturale conflittualità che lo accompagna e connota.

La seconda osservazione riguarda il rilievo che è da assegnare a quelle che altrove ho etichettato come “*metanorme*” *consuetudinarie* o, più semplicemente, *consuetudini culturali di riconoscimento* della natura delle regole non scritte.

Il punto è di cruciale rilievo proprio con riguardo al tema delle consuetudini, su cui – come si sa – Roberto ha assunto una posizione radicalmente negativa, escludendone la stessa teorica configurabilità<sup>5</sup>.

Ebbene, a mio modo di vedere, se attorno ad un oggetto, al suo modo di essere e di affermarsi, si coagula un diffuso e radicato consenso della comunità degli interpreti e degli operatori, nel mondo delle astrazioni teoriche (il solo di cui noi, a differenza degli studiosi di scienze esatte, ci occupiamo) l’oggetto stesso c’è, per il mero fatto di essere sorretto dalla effettività dei comportamenti ad esso legati e da esso conseguenti.

Faccio tre esempi in relazione a temi sui quali anch’io ho assunto una posizione radicale di rigetto, quale quella di Roberto per le consuetudini. E, dunque, in primo luogo, si pensi al fondamento – ormai, appunto, consuetudinario, nel senso appena precisato – comunemente rinvenuto a beneficio della *primauté* del diritto (ieri comunitario ed oggi, piace a me dire) eurounitario nei riguardi del diritto interno, un fondamento – com’è noto – rinvenuto nell’art. 11 della Carta costituzionale. Sono da tempo convinto che si sia in presenza di una forzatura interpretativa, essendosi assistito alla innaturale conversione di una norma di valore in una norma sulla produzione giuridica, dal momento che il disposto costituzionale in parola si limita ad affermare il principio della soggezione della sovranità a “limitazioni”, senza precisare quali ne debbano essere la forma, le condizioni e, soprattutto, gli effetti e i limiti.

Ma tant’è: ormai le cose stanno come stanno e volerle contestare sarebbe come pensare di abbattere a testate un muro di cemento armato: sarebbe – per dirla con un non dimenticato Maestro, Livio Paladin<sup>6</sup> – come voler “aggredire frontalmente” alcune certezze giurisprudenziali ormai incrollabili, incappando però in tal modo “nel vizio del solipsismo giuridico, proprio di certi giuristi troppo orgogliosi e personalistici”.

Lo stesso può dirsi per la efficacia (comunemente considerata *inter partes*) delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale, una efficacia – è doveroso, a me pare, che da tutti si ammetta – non risultante in modo espresso da alcuna disposizione normativa, né costituzionale né di altra fonte, e, a conti fatti, riportabile ad una consuetudine (a mia opinione, *contra Constitutionem*<sup>7</sup>; di contro, a stare alla comune credenza, potrebbe trattarsi di una consuetudine esplicitativa o, tutt’al

---

<sup>4</sup> ... in *Le convenzioni costituzionali: regole della politica in via di estinzione?*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli 14-15 giugno 2019, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2019, 19 giugno 2019, 73 ss.

<sup>5</sup> Part. in *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996, 38 ss., e in altri scritti (tra i quali, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Annuario 2014 dell’AIC, Jovene, Napoli 2015, 21 ss., spec. 45 ss.).

<sup>6</sup> *Saluto* ai partecipanti al Convegno di Trieste del 26-28 maggio 1986 su *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988, 5.

<sup>7</sup> ... dal momento che il disposto di cui all’art. 137, ult. c., nel suo fare “sistema” con i disposti di cui agli artt. 134 e 136, porta – per la ricostruzione da me prospettata – all’esito del carattere parimenti “generale” della efficacia delle pronunzie in parola, seppure, al pari di quelle di accoglimento, limitatamente alla “situazione normativa” giudicata.

più, integrativa del disegno costituzionale). Ebbene, ancora una volta, non mi riconosco affatto nel punto di vista ormai invalso, ma a che serve seguitare cocciutamente a confutare una tesi dotata di sì largo ed incontestato consenso?

L'ultimo esempio concerne la controfirma ministeriale che, salvo un isolato ancorché autorevole dissenso<sup>8</sup>, per comune sentire dovrebbe essere apposta ad ogni atto proveniente dal Capo dello Stato, anche dunque a quelli comunemente giudicati espressivi della sua volontà, nei riguardi dei quali – sempre a stare a questa opinione – il Governo, che è in sé e per sé un “animale” politico, svolgerebbe un non meglio precisato controllo. Una tesi che – se posso esser franco – a mia opinione non ha né capo né coda<sup>9</sup>, così come non ha senso alcuno l'idea che possano darsi atti “complessi”, in occasione della cui adozione si mescolerebbero – non si capisce in che modo e in che misura – volontà per loro natura eterogenee, insuscettibili di appartenere ad uno stesso “insieme”<sup>10</sup>: quella del Presidente della Repubblica, organo di garanzia, e l'altra del Governo, organo della direzione politica<sup>11</sup>. E così via, in relazione a molte e note esperienze attorno alle quali si è ormai formato un consenso talmente consistente e solido da potersi ragionevolmente considerare irreversibile.

Tengo, infine, a precisare, per chiudere sul punto, che c'è una differenza di fondo tra il modo di vedere quelle che molti di noi chiamano “consuetudini” e il modo di chi invece le dissolve e risolve, a conti fatti, in mere interpretazioni di enunciati normativi; ed è che queste ultime sono sempre opinabili, tutte astrattamente legittime e vevoli unicamente se (e fino a quando) sono sorrette da argomenti in grado di persuadere l'uditorio al quale sono diretti. Di contro, le consuetudini, proprio perché in tesi dotate dell'attributo della giuridicità, nascono come fonti autoprodotte ma si pongono poi quali fonti eteronome: si impongono cioè anche a coloro che vi danno vita e possono, pertanto, essere salvaguardate alla bisogna davanti agli organi di garanzia: sono, insomma, come suol dirsi, “giustiziabili”.

Ora, a me pare che questo dato sia inoppugnabile in relazione ad alcuni comportamenti non riportabili ad enunciati costituzionali che espressamente li prevedano: si pensi, solo per fare i primi esempi che vengono in mente, alla consuetudine facultizzante, quindi – come si sa –

“razionalizzata” dalla legge 400 dell'88, della nomina dei Vicepresidenti del Consiglio o a quella della sfiducia individuale ai Ministri che, anche grazie al sugello impresso dalla giurisprudenza costituzionale, è ormai da considerare una consuetudine *pleno o optimo iure*.

C'è un solo modo – a me pare – per sottrarsi a quest'esito teorico stringente: ritenere che tra le righe di questo o quell'enunciato sia racchiusa la regola invece “erroneamente” considerata non scritta. Certo, non è da escludere che questo possa in qualche caso valere, ma onestà intellettuale ci impone di riconoscere che gli enunciati (anche quelli costituzionali, pure dotati in una misura particolarmente accentuata di strutturale vaghezza) non dicono, e non possono dire, tutto su tutto e che far dire loro tutto è un'autentica forzatura degli interpreti, magari fatta a fin di bene, nella convinzione di poter in tal modo rendere un servizio agli enunciati stessi, senza avvedersi dell'effetto *boomerang* cui tale posizione metodico-teorica dà luogo. E ciò, ove si tenga fermo in partenza che la scrittura delimita pur sempre l'area entro cui va effettuata la ricerca dei significati astrattamente possibili e che, laddove il significato auspicato non dovesse da essa potersi desumere

<sup>8</sup> Il riferimento, com'è chiaro, è a E. CHELI, *sub* art. 89, in *Comm. Cost.*, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna - Roma 1983.

<sup>9</sup> ... prefigurandosi un innaturale ribaltamento dei ruoli istituzionali, all'esito del quale uno degli organi d'indirizzo politico si farebbe “garante” del sistema avverso le eventuali deviazioni di uno dei massimi garanti dello stesso.

<sup>10</sup> Duole dover qui nuovamente ripetere che gli studiosi che si sono prefigurati (e si prefigurano) l'esistenza di atti “complessi” non conoscevano (e non conoscono) la teoria matematica degli insiemi.

<sup>11</sup> Maggiori ragguagli a riguardo di questa critica possono, volendo, aversi dal mio *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, II, *Dell'organizzazione costituzionale*, Jovene, Napoli 2009, 693 ss., nonché in *Forum di Quaderni Costituzionali*. Sulla controfirma, v., ora, F. FERRARI, *Topologia della forma di governo e controfirma ministeriale: ai confini della responsabilità politica*, in *Scritti per R. Bin*, cit., 287 ss.

(o, quanto meno, non fosse possibile estrarlo con sicurezza), la via piana sarebbe quella della produzione giuridica con le forme allo scopo prescritte (nel caso del dettato costituzionale, le forme di cui all'art. 138), non l'altra della "modifica tacita" contrabbandata da interpretazione (magari "adeguatrice")<sup>12</sup>. Insomma, forse alcune (e, se si vuole, molte) di quelle che una nutrita schiera di studiosi chiama "consuetudini" potranno riportarsi (non senza però – si convenga – qualche forzatura) al dettato della Carta; assumere però che non se ne dia alcuna e, soprattutto, che non possa darsene neppure per l'avvenire mi sembra francamente un azzardo metodico-teorico. Un azzardo che – per ciò che più importa – rischia, poi, al di là delle intenzioni di chi si riconosce in questa posizione connotata da un pessimismo senza speranza, di risolversi in un pregiudizio grave per la Costituzione, in un autentico pomo avvelenato per quest'ultima. E ciò, per la elementare ragione che la tesi secondo cui la legge fondamentale della Repubblica sarebbe una sorta di pozzo senza fondo da cui tutto (o quasi) possa estrarsi alla bisogna, portata fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, finirebbe col condurre all'esito di considerare superfluo in ogni caso il ricorso alle procedure prescritte per l'aggiornamento della Carta. È allora palese il ribaltamento dei ruoli istituzionali al quale, in forza di questi presupposti, potrebbe assistersi, con il sostanziale svuotamento della normazione di revisione costituzionale e l'incontrollato proliferare delle pratiche interpretative (in ispecie dei garanti)<sup>13</sup>.

La terza ed ultima notazione è in realtà una sollecitazione che mi permetto qui, in chiusura di questo mio succinto e del tutto inadeguato intervento, di rinnovare soprattutto ai più giovani colleghi, riassumibile nell'interrogativo seguente: cosa si attende a studiare il tema da noi oggi nuovamente discusso anche (e, direi, soprattutto) dalla prospettiva delle relazioni interordinamentali? Trovo singolare e francamente stupefacente che, in una stagione segnata da una integrazione sovranazionale pur sofferta e nondimeno avanzata, le relazioni tra diritto interno e diritto eurounitario (e, *mutatis mutandis*, internazionale) siano fatte oggetto di studi a pioggia sul versante delle norme scritte e rimanga invece praticamente, indebitamente ignorato e non battuto il versante delle norme non scritte (in ispecie, convenzionali e consuetudinarie).

Anche qui, un solo esempio per tutti.

Da tempo sono convinto (e vado anzi sempre di più radicandomi in questo mio convincimento) che la relazione fiduciaria che connota la forma di governo non intercorra più solo tra Camere e Governo, secondo i dettami classici della teoria costituzionale propria dei regimi parlamentari, ma anche (e soprattutto) con i mercati internazionali e, appunto, i *partners* europei. Non a caso, quando la morsa della crisi economica si è fatta soffocante, molti Governi dell'eurozona, tra i quali il nostro, hanno dovuto – come si sa – rassegnare le dimissioni proprio perché ormai non più sorretti dalla fiducia suddetta<sup>14</sup>. Non possiamo dunque – a me pare – ignorare questa "regola", salvo,

<sup>12</sup> Sulle modifiche tacite ha, di recente e tra gli altri, prestato attenzione M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, ss.; pure *ivi*, se si vuole, il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 415 ss.

<sup>13</sup> Alle volte, della torsione in parola si ha riscontro anche al piano dei rapporti tra legislazione di forma costituzionale e legislazione comune, la seconda prendendo appunto il posto della prima, persino laddove si tratti di far luogo alla prima disciplina della essenza della Costituzione, i diritti fondamentali, il cui riconoscimento – e mi riferisco, ora, ovviamente ai nuovi – si reputa, a mia opinione a torto, che possa aversi "a prima battuta" anche con legge comune. Persino quando sono in gioco esperienze di primario, cruciale rilievo per l'esistenza umana, quali sono quelle d'inizio e fine-vita, si reputa che decisioni siffatte possano essere assunte dagli atti ordinari di normazione, quando non addirittura, *omisso medio*, esclusivamente a colpi di pronunzie dei giudici. Rinnovo qui una preoccupazione, già in altri luoghi manifestata, in merito al fatto che una maggioranza politica, quale che ne sia il colore, possa, con le procedure stabilite per la formazione delle leggi comuni (e senza perciò le garanzie insite negli aggravamenti di cui all'art. 138), disporre circa ciò che è vita e morte di esseri umani.

<sup>14</sup> Ho descritto questa vicenda nel mio *Art. 94 della Costituzione vivente: "Il Governo deve avere la fiducia dei mercati"* (nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 23/2011, 30 novembre 2011.

appunto, a darne la opportuna qualificazione (consuetudine *contra Constitutionem*? Certo che sì, alla luce del disposto dell'art. 94, in sé e per sé considerato, rinchiuso in modo autoreferenziale in se stesso; forse, invece, no, secondo lo stesso art. 94 riletto alla luce degli artt. 11 e 1, nel loro fare "sistema").

Comunque, appunto, discutiamone.

*Ad multos annos, caro Roberto!*



**Cristina Levorato\***  
**Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità**

SOMMARIO: 1. Introduzione: *excursus* storico del concetto di dignità. – 2. La dignità nella Costituzione italiana. – 3. Dignità, diritti inviolabili, diritti sociali e disabilità. – 4. La dignità e la condizione di disabilità. – 5. Oltre i formalismi: disabili da peso a risorsa per la società. – 6. Prospettive future.

1. *Introduzione: excursus storico del concetto di dignità*

La dignità umana si può configurare in due accezioni: una definibile assoluta e l'altra relativa. Nella prima, di tipo ontologico, la dignità è considerata un diritto fondamentale intrinseco in tutti gli uomini fin dalla nascita. Nella seconda, la dignità rappresenta un attributo che si acquisisce in base alle proprie capacità e al ruolo ricoperto in società, così che essa può sia aumentare, sia diminuire<sup>1</sup>.

Il concetto di dignità ha origini lontane, filosofiche e religiose<sup>2</sup>, e per apprezzarne un'accezione giuridica è stato necessario attendere soprattutto Immanuel Kant, che, nel sostenere l'esistenza di vari tipi di dignità, ne ha teorizzato uno che si affianca all'essere cittadino. In questo senso, viene affermato il binomio dignità-cittadinanza, laddove la cittadinanza è attribuita dallo Stato a tutti gli uomini, che può anche revocarla quando il cittadino commetta un crimine. Il passaggio dalla dignità in astratto, cioè da quell'attributo minimo essenziale riconosciuto a tutti come qualità innata, alla dignità in concreto avviene, dunque, nell'evoluzione da persona a cittadino con il conseguente riconoscimento dei suoi diritti di cittadino nel suo modo di porsi con gli altri e con lo Stato<sup>3</sup>.

Kant afferma, inoltre, che prima ancora della dignità dell'uomo in quanto cittadino, esista in ogni uomo, in quanto essere ragionevole dotato di discernimento e moralità, una "dignità innata", cioè un modo di agire secondo principi derivante dalla consapevolezza dei propri doveri, e una "dignità inalienabile" prerogativa di ciascun uomo che gli deriva dall'autonomia etica propria di ogni soggetto, in quanto capace di essere legislatore universale<sup>4</sup>. Ogni uomo porta in sé la dignità, oltre che di sé, di

\* Università degli Studi di Padova

<sup>1</sup> P. BECCHI, *Il principio della dignità umana*, Brescia, 2013, 8 ss.

<sup>2</sup> Nella Grecia antica, la dignità ha dimensione pubblica e sociale ed è rappresentata dal valore delle azioni che ogni uomo riesce a compiere per gli altri. L'onorabilità e il valore che l'uomo cerca gli derivano solo dalle sue azioni in quanto conquista personale e non patrimonio di partenza (una esaustiva panoramica in materia si può trovare in U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009, 7 ss.).

Nel mondo romano antico la *dignitas* si pone da una parte in continuità con la prospettiva greca, presentandosi in diretto rapporto con le cariche pubbliche e il ruolo ricoperto nella società dall'uomo, rappresentando ciò che si può definire dignità-merito, e quindi, prestigio, venerazione, rispetto, tanto da poter definire *dignus* l'uomo valoroso che ricopre le cariche più importanti. Grazie a Cicerone tale prospettiva viene ampliata, in risposta ad una crisi dei valori tradizionali, è alla ricerca di una fonte giuridica dell'agire, conforme al dovere che sia fondata sulla stessa natura dell'uomo; giunge a definire l'uomo come "un essere vivente che eccelle nella natura nella misura in cui acquisisce dignità agendo conformemente al dovere" (L. RUARO, *L'idea di dignità umana tra antichità ed età moderna* (<https://www.academia.edu/2484502/lidea-di-dignit%C3%80-umana-tra-antichit%C3%80-ed-et%C3%80-moderna>)).

Con l'avvento del Cristianesimo, ebbe forte impulso lo sviluppo della concezione di dignità umana come qualità intrinseca nell'uomo in quanto tale indipendentemente dal ruolo ricoperto in società. Tuttavia, le istituzioni del tempo, l'abolizione della schiavitù e la suddivisione in classi non vengono messe in discussione dal carattere ontologico dell'uomo come immagine di Dio, e quindi, la pari dignità; ciò perché non è tanto il corpo quanto l'anima ad essere fatta ad immagine e somiglianza di Dio (*Genesi* I, 26-27). Durante il Rinascimento persistono le influenze della dottrina cristiana, ma lo spessore ontologico della dignità passa in secondo piano e diventa un valore specifico, ovvero qualcosa che un essere ragionevole come l'uomo deve conquistarsi (P. BECCHI, *Il principio*, cit., 12).

<sup>3</sup> G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Città del Vaticano, 2015, 29 ss.

<sup>4</sup> G. TURCO, *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Torino, 2017, 79 ss. La legge realizza la dignità attraverso il posizionamento dell'uomo rispettoso e rispettato al centro del sistema, cioè l'uomo in quanto essere dotato di dignità costringe gli altri dotati di ragione a rispettarlo e contemporaneamente a rispettarsi. "La dignità dell'umanità sta in questa capacità di legiferare universalmente, benché a condizione di sottostare contemporaneamente a questa legislazione". È la ragione il *dominus* creatore delle leggi come interprete della dignità umana (U. VINCENTI, *Diritti* cit., 31 ss.)

tutta l'umanità e questa si esplica attraverso quel rispetto che s'invera solo quando non si usano gli altri come mezzo ma come fine<sup>5</sup>.

È occorso però ulteriormente arrivare a tempi molto più recenti, alla fine della seconda guerra mondiale e alla scoperta degli orrori che in quegli anni si erano perpetrati nell'indifferenza del mondo, perché si alzasse forte la richiesta di diritti e di rispetto della dignità cioè di “quel diritto ad avere diritti che ha bisogno di una nuova garanzia che si può trovare soltanto in un nuovo principio politico in una nuova legge sulla terra destinata a valere per l'intera umanità”<sup>6</sup>.

Il primo documento su scala internazionale in cui la dignità assume legittimazione giuridica è infatti la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 che, nel Preambolo, proclama il “riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti uguali e inalienabili”, mentre, nel primo articolo, viene ribadito il concetto fondamentale di dignità, che assieme ad eguaglianza, libertà e fratellanza, costituiscono la chiave di volta dell'intero documento.

Nelle Carte costituzionali postbelliche, l'istituzione della forma di Stato democratico ha rappresentato il mezzo per il riconoscimento dei diritti e della dignità delle persone. Il riconoscimento della dignità è dunque una conquista relativamente recente, che fa la sua comparsa nelle Costituzioni che si ispirano allo Stato sociale e democratico di diritto.

## 2. La dignità nella Costituzione italiana

La Costituzione italiana è il frutto di un compromesso tra forze politiche molto diverse che hanno lavorato per creare “un breviario giuridico per l'uomo comune” partendo da presupposti comuni come antifascismo e difesa dell'unità nazionale. La Carta repubblicana era, ed è, per una persona che vive nella storia ed è protagonista del quotidiano, nelle relazioni con l'altro e con tutti gli altri che i Costituenti hanno saputo umilmente osservare e inventare<sup>7</sup>.

Dalla loro opera inventiva emerse la priorità della persona umana rispetto ad ogni organizzazione politica e, di conseguenza, quest'ultima avrebbe dovuto rispettare la prima. L'impostazione della Costituzione è quella della socialità progressiva che parte dalla difesa della persona e, quindi, dalla sua dignità e si amplia abbracciando il pluralismo sociale. Tutto ciò a supporto del fatto che nonostante il fatto che nella Costituzione italiana, a differenza di quella tedesca, non ci sia un articolo specifico che richiami esplicitamente la dignità quale principio fondamentale, essa ne costituisce il nucleo centrale e i diritti fondamentali in essa contenuti ne realizzano la tutela<sup>8</sup>.

Il principio di dignità umana oltre ad essere di difficile definizione<sup>9</sup>, trattandosi di un concetto di carattere etico e filosofico piuttosto che giuridico, è anche un concetto relativo che si presta a diverse utilizzazioni, e da tale vaghezza ed ambiguità deriva una costituzionalizzazione della dignità in termini diversi nei vari ordinamenti<sup>10</sup>. Il mancato richiamo esplicito alla dignità umana non comporta carenze nella tutela e nella garanzia dei diritti di tutta la Carta trattandosi di un principio imprescindibile alla base della democrazia che è appositamente richiamata all'art. 1. La tecnica dei Costituenti è stata quella di specificare questo valore in una serie di articoli piuttosto che una declamazione solenne.

<sup>5</sup> U. VINCENTI, *Diritti*, cit., 28. Al pensiero di Kant per il quale il cosiddetto *homo noumenon* ha valore intrinseco e assoluto e in quanto tale possessore di dignità che significa appartenenza ad una comunità di soggetti morali e non semplice appartenenza ad una categoria biologica, tanto da poter essere degradati ad oggetti, ancor oggi, si ispirano delle pronunce giudiziarie: si pensi al famigerato caso del lancio del nano (censurato dal Conseil d'État, octobre 27, 1995, req. nos. 136-727, *Commune de Morsang-sur-orge*, e 143-578, *Ville Aix-en-Provence*).

<sup>6</sup> H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, trad. it. di A. Guadagnin, Milano, 1996, 410-411 e 503.

<sup>7</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017, 66.

<sup>8</sup> F. POLITI, *La tutela della dignità dell'uomo quale principio fondamentale della Costituzione repubblicana*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 2668-2669.

<sup>9</sup> Approfondimenti sulla nozione di indeterminata dignità della persona in L. LONARDO *Il valore della dignità della persona nell'ordinamento italiano*, in *Rassegna di diritto civile* 3/2011/Saggi, 761 ss.

<sup>10</sup> G.M. FLICK, *Elogio*, cit., 29 ss.

La dignità richiamata nella Costituzione è una dignità di dimensione sociale. La pari dignità non è qualcosa di dato, ma un obiettivo da raggiungere. Non va infatti solo difesa, ma anche promossa, ed è compito dello Stato rimuovere gli ostacoli per la sua completa realizzazione.

La dignità nella dimensione costituzionale può essere rappresentata da tre caratteristiche. Essa esprime un principio universale, assoluto e pervasivo.

Universale perché riguarda tutti gli uomini indipendentemente dal possesso della cittadinanza, e qualunque sia la condizione in cui si trova: pari dignità spetterà quindi al carcerato come al malato o a chiunque altro, poiché la dignità della persona non può essere intaccata dallo *status* della persona. Assoluto in quanto delinea un nucleo intangibile della personalità umana non comprimibile dal potere pubblico: la dignità come frontiera invalicabile, motivo per cui determinati trattamenti, come ad esempio l'arresto, devono avvenire in maniera tale da non arrecare degradazione alla persona. Pervasivo poiché configura non solo e non tanto un diritto, ma il fondamento costituzionale di tutti i diritti relativi alla persona.

Come accennato, nell'ordinamento costituzionale italiano la dignità è un presupposto implicito di numerosi diritti fondamentali ricostruito in via interpretativa. Ci sono però alcuni espliciti riferimenti in relazione ad alcuni diritti: si pensi alla pari dignità sociale o al diritto ad un lavoro dignitoso.

La dignità sociale proclamata all'art. 3 Cost. si affianca all'uguaglianza di fronte alla legge in senso formale, ma pone le basi per il raggiungimento di un'uguaglianza in senso sostanziale<sup>11</sup> e, quindi, il dovere dello Stato di rimuovere gli ostacoli e creare attraverso le leggi i mezzi affinché tutti possano avere le stesse opportunità di partecipazione alla vita del Paese. Lo Stato non può limitarsi a garantire la dignità di un soggetto, ma la pari dignità di tutti.

Un'analisi superficiale della tematica potrebbe far incorrere nell'errore di far coincidere dignità sociale e dignità umana. Ciò è accaduto in coloro che hanno rinvenuto nell'art. 3 Cost. il fondamento dell'onore inteso come diritto ad essere trattati in modo uguale dai propri pari, indipendentemente dal rapporto sociale in cui si trovino, sovrapponendo tali principi<sup>12</sup>. Tale teoria appare riduttiva perché non si può limitare la dignità umana esclusivamente all'onore: questa, infatti, è solo una delle possibili accezioni.

Con riferimento all'art. 36 Cost., il concetto di dignità umana è posto come metro di misura per la retribuzione che deve essere sì proporzionata alla quantità e qualità del lavoro, ma deve comunque essere sufficiente a consentire al soggetto e alla sua famiglia, quale nucleo fondante della società, una vita libera e dignitosa. Il sinallagma lavoratore-datore di lavoro deve essere controbilanciato e superato dalla prospettiva di tutela della dignità<sup>13</sup>. “Accanto allo scambio di lavoro-produzione ci deve essere anche un coefficiente ulteriore: il *quid* essenziale della garanzia all'esistenza libera e dignitosa per il lavoratore e la sua famiglia. Tutto questo nasce da un'indicazione costituzionale fondamentale: la pari dignità sociale di cui parla l'art. 3”<sup>14</sup>.

Nell'art. 41 Cost., la dignità umana, invece, è posta come limite all'iniziativa economica, configurandosi così un caso in cui tale principio non è posto a rafforzamento di un altro diritto bensì lo limita. La dignità umana è posta a fianco della libertà alla sicurezza e all'utilità sociale.

Il diritto di chiunque di esercitare un'attività economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o recando danno alla sicurezza, intesa come sicurezza sul lavoro o ambientale o pubblica, o limitando la libertà sia essa personale, religiosa, sindacale ecc., né con la dignità della persona umana<sup>15</sup>.

Sempre in Costituzione si scorgono anche richiami impliciti alla dignità: oltre che nell'art. 3, comma 2, Cost., che assegna valore costituzionale all'istanza di rimozione degli ostacoli che

---

<sup>11</sup> G.M. FLICK, *Elogio*, cit., 49.

<sup>12</sup> A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 113.

<sup>13</sup> G.M. FLICK, *Elogio*, cit., 50.

<sup>14</sup> G.M. FLICK, *Lavoro, dignità e costituzione*, in *Rivista AIC*, 2/2018.

<sup>15</sup> P. RICCI, *L'articolo 41 della Costituzione Italiana e la responsabilità sociale d'impresa (Article 41 of the Italian Constitution and the Italian Model of Corporate Social Responsibility)*, in *Rivista Italiana di Ragioneria e di Economia Aziendale - R.I.R.E.A.*, vol. 3/4 - 2010, 2 e s.

impediscono il pieno sviluppo della persona umana, anche nell'art. 13 Cost., nella parte in cui prevede la punizione per ogni violazione fisica o morale sulle persone sottoposte a restrizione di libertà, e nell'art. 27, comma 3, Cost., nell'affermare che le pene non possono essere contrarie al senso di umanità e devono servire alla rieducazione del condannato.

Ancora, nell'art. 19 Cost., si trova nella libertà religiosa una componente essenziale della dignità sia come singolo che come appartenente ad un gruppo. Nell'art. 21 Cost., invece, si trova un contrasto tra due aspetti della dignità ossia la libertà di manifestazione del pensiero che contrasta con la dignità nella difesa dell'onore e della reputazione. Tale contrasto si risolve con una limitazione per ciascuno di essi. Nell'art. 32 Cost. trova riconoscimento la salute sia come diritto fondamentale della persona ad essere curato, sia come interesse della collettività alla salvaguardia da malattie. Deve farsi rientrare in tale prescrizione il necessario consenso informato che un paziente rilascia in vista di un trattamento sanitario, ma che ha il diritto a non rilasciare anche a rischio della vita. Solo poi nella subordinazione alla riserva di legge, che non deve comunque oltrepassare il rispetto della persona umana, si fonda l'obbligatorietà del trattamento sanitario.

### 3. Dignità, diritti inviolabili, diritti sociali e disabilità

La dignità come qualità inerente all'essere umano e prescritta dalla Costituzione al fine di garantire il rispetto integrale della persona anche attraverso strumenti di collaborazione da parte dei consociati e di sostegno da parte dello Stato è prescritta dall'art. 2 Cost. È in tale norma che si riscontra la clausola generale a garanzia della tutela e della promozione della persona. Tanto che "ogni espressione che asseconi lo sviluppo concreto ed individuale di ciascuno, quindi anche non espressamente disciplinata, trova in questo principio la sua giustificazione". Cioè tutto ciò che trova giustificazione sulla base della dignità merita considerazione da parte del nostro ordinamento a norma dell'art. 2 Cost<sup>16</sup>.

L'art. 2 Cost. racchiude in sé due principi: quello personalista e quello pluralista. Il principio personalista, a cui è collegato quello di uguaglianza, è quel principio in base al quale il valore della persona è situato al primo posto. Tale principio pone, quindi, un limite invalicabile all'intervento di qualunque soggetto sia pubblico che privato in quella sfera di diritti che la Costituzione ha proclamato come inviolabili, siano essi di carattere fisico, o morale. Implica, però, il riconoscimento della necessità dell'intervento del potere pubblico affinché, come ribadito all'art. 3, comma 2, Cost., venga garantita l'uguaglianza sostanziale (vengano rimossi da parte dello Stato gli ostacoli di carattere economico o sociale che impediscono l'effettiva partecipazione di ognuno alla vita politica, economica e sociale). Il principio pluralista invece si fonda sul riconoscimento del fatto che l'uomo è al centro di un intreccio di relazioni che danno vita ad organizzazioni autonome dello Stato<sup>17</sup>.

Il nesso tra dignità e inviolabilità dei diritti va ricercato nel principio personalista e presenta, infatti, notevoli affinità con l'intangibilità della dignità proclamata dalla Costituzione tedesca. Tale articolo è il frutto di un acceso dibattito in Assemblea Costituente tra il personalismo di matrice cattolica, le pressioni dei Costituenti comunisti che volevano salvaguardare nell'impianto dei diritti degli spazi di possibili mutamenti dei sistemi economici e sociali e gli ideali liberali che anche se rimanevano sullo sfondo tecnicamente ebbero un ruolo importante in quanto custodi dei meccanismi di garanzia dei diritti. Da un tale compromesso derivò, dunque, il principio fondamentale che postula l'anteriorità e la precedenza dei diritti della persona in quanto patrimonio insopprimibile dell'individuo rispetto allo Stato. In seconda istanza si è posta la dimensione sociale dei diritti dell'individuo in quanto è nella società e nei rapporti con gli altri che la personalità dell'uomo deve trovare pieno compimento.

Nei diritti coperti dalla tutela dell'art. 2 Cost. trovano le radici i diritti sociali. Essi rappresentano tutte quelle situazioni giuridiche soggettive a cui riconosce tutela la Costituzione: Specificamente i settori tutelati sono quelli relativi al lavoro, alla salute, all'assistenza, all'istruzione e alla tutela della

<sup>16</sup> L. LONARDO, *Il valore*, cit., 791.

<sup>17</sup> F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione Repubblicana*, Torino, 2011, 26 ss.

famiglia<sup>18</sup>. Il legame tra diritti sociali e dignità è stretto, lo scopo di tali diritti è quello di tutelare e garantire la libertà, e senza dignità umana non può esserci libertà<sup>19</sup>. La dignità umana è il valore alla base della democrazia italiana e la tutela dei diritti sociali permette la partecipazione di tutti i soggetti alla vita economica, politica e sociale componendosi così la democrazia<sup>20</sup>. I diritti sociali e le libertà procedono, quindi, sugli stessi binari: una limitazione della libertà finisce per limitare anche i diritti sociali, degradandoli “al livello di interessi più o meno efficacemente protetti”<sup>21</sup>. Il fondamento dei diritti sociali è, pertanto, la libertà che rende effettiva la “liberazione” dell’individuo garantendo il rispetto della dignità umana e il godimento della libertà stessa.

La Costituzione italiana non contiene, a differenza di Costituzioni più recenti, una norma che esplicitamente si occupi della disabilità o della tutela del disabile. Nonostante ciò il disabile trova comunque una protezione costituzionale idonea a “non emarginarlo dalla vita più del necessario, ma anzi rivolta ad inserirlo nella vita stessa il più possibile”. La Costituzione impone al potere pubblico di impegnarsi concretamente per ridurre le differenze che intercorrono rispetto ai cittadini “normali”<sup>22</sup>.

In una Costituzione come la nostra che si fonda sul sintagma libertà-dignità, che ruota attorno al primato della persona umana con i suoi diritti, tutti devono poter partecipare alla vita politica, economica e sociale del Paese, in quanto espressione del principio personalistico, pluralistico e solidaristico, la cui realizzazione non può prescindere dal principio di uguaglianza previsto dall’art. 3 Cost. Ciò comporta un impegno da parte dello Stato a rimuovere gli ostacoli e le condizioni di subalternità sociale che impediscono il pieno sviluppo di una società pluralista<sup>23</sup>. La rimozione degli ostacoli è la *condicio sine qua non* per rendere possibile l’accesso, con pari *chances*, e quindi, l’effettivo godimento dei diritti che corrisponde ad un riconoscimento di pari dignità.

Il disabile, nella Costituzione italiana, nonostante la mancanza di una norma *ad hoc*, può trovare pieno riconoscimento di tutti i diritti soggettivi, per cui tale categoria di cittadini, va considerata alla stregua di tutte le altre categorie, così come la sua dignità. Il primo articolo che implicitamente tutela la disabilità è l’art. 2 Cost., nella parte in cui riconosce e garantisce ai disabili quei diritti inviolabili che spettano a tutti, considerando il disabile “non per ciò che lo rende diverso, ma per ciò che lo fa uguale agli altri e garantendo loro per questo una comune tutela in ragione della loro indifferenziata umanità-dignità”<sup>24</sup>.

A rafforzare tale postulato si affianca, quale nucleo centrale della Costituzione, oltre al dovere di solidarietà ossia di sostegno ad una categoria che la natura ha posto in condizioni svantaggiate e che per questo ha bisogno di interventi per ridurre le differenze e favorire le migliori condizioni di vita<sup>25</sup>, il principio dell’art. 3 Cost., come divieto del potere pubblico di adottare discipline discriminatorie sulla base delle condizioni personali, proclamando il principio di pari dignità. La dignità nella Costituzione si configura in un’accezione essenzialmente “soggettiva come attributo irrinunciabile della persona ovvero un presupposto del riconoscimento del valore della persona in quanto tale cioè il postulato primo da cui discende, ma anche riassume il principio personalista” su cui si fonda la nostra Costituzione. Dall’altra, la disabilità esibisce una “dimensione sociale che presuppone la prima e trova esplicito riconoscimento nel riferimento alla pari dignità sociale” contenuta nell’art. 3 Cost. In questo significato la dignità umana è strettamente collegata ai pilastri su cui si erige il *Welfare State* dei quali è uno degli elementi portanti se non il fulcro<sup>26</sup>. L’uguaglianza si configura, pertanto, come quel diritto che deve essere riconosciuto a tutti, ma a maggior ragione a chi si trova in una situazione di inferiorità, al fine di garantire una effettiva parità, soprattutto per quei soggetti che

<sup>18</sup> F. POLITI, *Diritti sociali*, cit., 145.

<sup>19</sup> G.M. FLICK, *Elogio*, cit., 66 ss.

<sup>20</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XI, Roma, 1989, 10.

<sup>21</sup> M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, Vol. XII, Milano, 1964, 805.

<sup>22</sup> G. ROEHSSSEN, *Gli handicappati nella Costituzione*, in *Rassegna amministrativa della sanità*, 1978, 10 ss.

<sup>23</sup> P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un’introduzione*, Torino, 2006, 129.

<sup>24</sup> C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, 68.

<sup>25</sup> G. ROEHRSSSEN, *Gli handicappati*, cit., 8.

<sup>26</sup> C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili*, cit., 17.

autonomamente non riescono ad esercitare i propri diritti per le loro ridotte capacità fisiche e/o psichiche.

Anche la Corte costituzionale si è occupata della tutela dei disabili e del rispetto della loro dignità in una sentenza definibile rivoluzionaria: la [n. 215 del 1987](#)<sup>27</sup> che ha previsto come la frequenza alla scuola media superiore debba essere assicurata ai soggetti portatori di *handicap* e non solamente agevolata. Ciò sulla base del superamento della concezione di una loro irrecuperabilità e del fatto che la socializzazione debba essere considerata come un elemento essenziale per la salute di tali soggetti, tanto da assimilarla ad una terapia paragonabile ad una cura. Tale [decisione](#) si fondava proprio sull'assunto per cui "l'inserimento nella scuola e l'acquisizione di una compiuta istruzione sono strumento fondamentale per quel pieno sviluppo della persona umana che gli art. 2 e 3 c. 2 della Costituzione indicano come meta da raggiungere". La Consulta, inoltre, chiarì come la garanzia dell'istruzione fosse anche finalizzata all'inserimento delle persone disabili nel mondo del lavoro. La necessità di salvaguardare le specifiche esigenze di "socializzazione "dei soggetti disabili", sottolineata nella [sentenza n. 215 del 1987](#), sarà poi costantemente ribadita dalla giurisprudenza successiva<sup>28</sup>.

A partire da questo momento le persone affette da disabilità non sono più considerate un problema di carattere individuale ma dell'intera collettività<sup>29</sup>. In particolare, dagli anni '70 sono state eliminate le classi differenziate e le scuole speciali favorendo l'attuazione della parità tra soggetti e una piena attuazione dell'art. 34 Cost. L'attuazione dell'art. 34 Cost. va integrata e raccordata con gli artt. 2 e 3 Cost. per cui, tra gli ostacoli che vanno rimossi per un pieno e totale sviluppo della personalità e della dignità, si inseriscono anche le minorazioni fisiche o psichiche che impediscono l'inserimento dei disabili nelle scuole di ogni ordine e grado<sup>30</sup>. Con riferimento al compito del legislatore di garantire dignità e cittadinanza alla persona, sia o meno autosufficiente, l'art. 38 della Costituzione intende garantire il diritto all'assistenza delle persone disabili, prescrivendo l'esigenza di realizzare la loro piena inclusione sociale e professionale<sup>31</sup>. Nel passato, essa si concretizzava con l'inserimento dei disabili nelle liste del collocamento obbligatorio, facendo ricadere oneri assistenziali sulle spalle delle imprese in quanto costrette ad offrire un impiego al soggetto con disabilità, ma paradossalmente in pregiudizio proprio di quest'ultimo al quale il più delle volte veniva offerto, per l'appunto, un impiego e non un lavoro con la "mortificazione di quel diritto al lavoro dei disabili costituzionalmente garantito"<sup>32</sup>. Tale distorsione è stata in parte risolta nel 2000 trasferendosi le competenze dallo Stato centrale agli enti locali che, attraverso la predisposizione di un collocamento mirato, sulla base di una valutazione delle capacità lavorative dovrebbe poter offrire un lavoro idoneo alle competenze e alle capacità del soggetto. Passandosi, così, da un sistema impositivo ad uno partecipativo, è comunque palese, alla luce del basso numero di disabili impiegati non solo in attività lavorative, ma anche in attività molto spesso non corrispondenti alle competenze del disabile, che il mutamento non ha dato i risultati sperati.

Nella prospettiva garantita dall'art. 2 Cost., integrata dall'art. 3 Cost., il disabile in quanto persona tra le persone dovrebbe veder riconosciuta la pari dignità sociale come espressione del diritto di ciascuno al rispetto da parte degli altri, indipendentemente dal suo stato di inferiorità, che oltretutto non deve essere motivo di esclusione e intolleranza<sup>33</sup>.

A maggior ragione ciò deve avvenire nei confronti dei soggetti deboli perché la dignità rappresenta "un limite di significato assoluto e intangibile... che non tollera compromissioni o alterazioni"<sup>34</sup>.

---

<sup>27</sup> [Sent. n. 215 del 1987](#).

<sup>28</sup> [Sentt. nn. n. 106 del 1992, 88 del 1993, 167 del 1999, 226 del 2001 e 467 del 2002](#).

<sup>29</sup> C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili*, cit., 72.

<sup>30</sup> C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili*, cit., 76.

<sup>31</sup> A. CANDIDO, *Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) Rassegna 1/2018.

<sup>32</sup> C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili*, cit., 85.

<sup>33</sup> G.M. FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, in AA.VV., *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli 2008, 41 ss.

<sup>34</sup> P. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Dir. e Soc.*, 2008, 31.

Il monito della [sentenza n. 217 del 1988](#)<sup>35</sup> della Corte costituzionale, che afferma il dovere di “creare le condizioni minime di uno Stato sociale, concorrere a garantire al maggior numero di cittadini possibile un fondamentale diritto sociale, ... contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l’immagine universale della dignità umana, sono compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun caso”, dovrebbe essere ben impresso nella mente di chi crea il diritto e rappresentare un faro sulla strada per la creazione di una vera società dei diritti come auspicato in Costituzione.

#### 4. *La dignità e la condizione di disabilità.*

L’universo di situazioni profondamente diverse che ricomprende il termine disabilità, e che rappresenta un fenomeno in continua crescita, alimentato anche dal progressivo aumento della popolazione anziana, viene riassunto nelle “ripercussioni negative a danno del soggetto e dei suoi rapporti sociali, che tendono ad instaurarsi quando questi patisce una riduzione oltre la norma di una o più funzioni sensoriali, fisiche o psichiche”<sup>36</sup>. Tali soggetti, a causa delle loro ridotte funzionalità, sono costretti a subire ripercussioni negative a danno della persona e della vita di relazione in generale, tanto che se non adeguatamente supportati dal potere pubblico, difficilmente riusciranno a competere con gli altri consociati. L’*handicap* che li affligge, se nel mondo dell’ippica rappresenta le penalizzazioni assegnate ai cavalli migliori al fine di dare a tutti le medesime opportunità di vittoria<sup>37</sup>, per gli umani lo scopo non è quello di penalizzare i normodotati, bensì sostenere gli svantaggiati ad essere allineati agli altri sulla linea di partenza delle opportunità.

Il tema della disabilità va, prima di tutto, affrontato a partire dal linguaggio, per non rischiare di cristallizzare in una definizione un fenomeno complesso e variegato, negando, quindi, il dovere di ricercare risposte differenziate mirate all’unico scopo di costruire una società che non lasci indietro nessuno. Il nome che si dà ai fenomeni si configura come la rappresentazione che agli stessi si vuole dare: attribuire al disabile un *deficit* altro non significa se non misurare la sua mancanza rispetto al modello stereotipato di pienezza e di integrità dell’essere umano, secondo una visione medica che tende a curare e a conformare le diversità indesiderate.

Il tema della disabilità era trattato con un approccio settoriale con logica assistenziale, trattandosi, secondo l’opinione comune, di un problema medico del singolo e di una tragedia personale. Era questo il criterio adottato anche nei primi documenti normativi internazionali come la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti degli handicappati o la Dichiarazione sui diritti delle persone con ritardo mentale, per la cui nascita bisognerà attendere gli anni ’70 del secolo scorso. Un’ulteriore criticità che si affiancava all’approccio medico, diretto com’era a garantire i diritti relativi alla sfera medica e sociale e, quindi, tale da non eliminare quell’aspetto di tipo caritativo accompagnato dall’emarginazione che da sempre ha caratterizzato e molto spesso continua a persistere nella società, era rappresentata dal fatto che si trattava di strumenti giuridicamente non vincolanti per gli Stati, con la conseguente mancanza di un sistema di controllo sull’attuazione e il rispetto dei principi<sup>38</sup>. Queste dichiarazioni si configuravano, pertanto, più in elencazioni di principi che non in atti giuridicamente rilevanti. L’assunto di partenza della classificazione dell’OMS, adottato nel 1980, in ambito di disabilità era rappresentato da una malattia che lascia una menomazione, intesa come qualsiasi perdita o anomalia a carico di una struttura o funzione psicologica, fisiologica o anatomica. La conseguenza di ciò era una disabilità concepita come qualunque limitazione o perdita della capacità di svolgere un’attività nel modo considerato normale. Il tutto si traduceva in un *handicap* e, cioè, in una condizione di svantaggio che limitava o impediva il compimento di una funzione che era ritenuta

---

<sup>35</sup> [Sent. n. 217 del 1988](#).

<sup>36</sup> C. HANAU, *Handicap*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Vol. VIII, Torino, 1993, 67.

<sup>37</sup> *Op. et loc. ult. cit*

<sup>38</sup> N. FOGGETTI, *Diritti umani e tutela delle persone con disabilità: la Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006*, in *Riv. coop. giur. inter.*, n. 33, 2009, 100.

normale per un soggetto in relazione all'età, al sesso e ai fattori socioculturali<sup>39</sup>. Tale approccio, che può essere definito medico individualistico, considerava la disabilità esclusivamente come una malattia. Fino a poco tempo fa era ritenuto l'unico modo per favorire l'integrazione e l'inserimento dei disabili. Le persone affette da qualche menomazione erano soggiogate ai professionisti in campo medico per qualunque supporto sia terapeutico che sociale. La resistenza alle cure era sinonima di portatore di *handicap*, pertanto persona incompleta, non in grado di partecipare e contribuire alla vita della società. La distinzione era, quindi, tra soggetti curabili o sottoponibili a riabilitazione, e soggetti non riabilitabili. L'origine di tale pratica "escludente" va ricercata nel concetto di cura, applicato nell'affrontare la disabilità, diffuso sia nell'ambiente medico che in quello sociale<sup>40</sup>.

Questa definizione dell'OMS, che ha indicato la disabilità come l'oggettivazione della menomazione e l'*handicap* come la socializzazione di una disabilità, è servita a esplicitare che l'*handicap* rappresenta l'aspetto sociale della disabilità, ossia un fenomeno sociale e culturale che trae origine sia da fattori ambientali, sia sociali, il risultato dell'impatto tra disabilità e società finendo per erigere barriere fisiche, architettoniche e psicologiche<sup>41</sup>. È, però, stata anche oggetto di numerose critiche da parte dei movimenti delle persone con disabilità. La nuova sensibilità emersa attraverso queste lotte fece nascere i *Disability Studies*: studi scientifici dai quali emergeva la necessità di politiche di inclusione, superando l'emarginazione attraverso i diritti civili. L'innovazione di questi studi va ricercata nel metodo utilizzato che si può definire partecipativo-emancipativo, e nell'approccio multidisciplinare, con il considerare la disabilità come fenomeno unitario complesso di più discipline dove il disabile non è più il mero oggetto dello studio, ma il soggetto attivo<sup>42</sup>.

Grazie a questi studi, l'approccio medico, considerato tra le cause che determinavano e rafforzavano i pregiudizi e le discriminazioni, è stato superato ed ha lasciato spazio al modello sociale della disabilità. L'OMS stessa ha adottato nel 2002 un nuovo sistema di classificazione, l'ICF (acronimo di classificazione internazionale del funzionamento della disabilità e della salute). Tale classificazione è basata su tre principi: universalismo, approccio integrato e modello interattivo e multidimensionale della disabilità. Esso si configura come un modello bio-psico-sociale in cui la disabilità è un fatto sociale che non dipende solo dalle limitazioni funzionali di una persona, ma anche e soprattutto da fattori ambientali. Se il modello medico, pertanto, era basato sul soggetto, la diagnosi e il *deficit*, quello sociale, mette al centro la relazione individuo-ambiente, il contesto in cui è inserita e, nell'identificare le barriere economiche e sociali che portano all'esclusione, si propone di rimuovere sia gli ostacoli che i comportamenti discriminatori. Il disabile come soggetto da includere e non da tutelare<sup>43</sup>.

Questo nuovo approccio rappresenta una rivoluzione copernicana prima culturale e poi anche giuridica. Da questo momento viene bandito il termine *handicap* e sostituito con "persona che sperimenta delle difficoltà nella vita sociale". La persona e la sua dignità vengono poste al centro, la disabilità è una dimensione della vita e non una mancanza. Non è quindi la disabilità il problema, bensì il contesto sociale e culturale in cui emerge; se una minorazione sia o meno disabilitante dipende dal contesto in cui vive il soggetto. Il cambio di rotta rivoluzionario va ricercato nel fatto che la disabilità, con il modello sociale, non è più un fatto da attribuire al singolo ma diventa un fatto imputabile alla collettività. L'asse dell'attenzione si sposta dalle condizioni della persona alle barriere che ne impediscono la partecipazione sociale. "La disabilità non nasce con la nascita di un bambino con menomazioni più o meno gravi, ma con le presenza di comportamenti e situazioni che costringeranno questo bambino ad avere meno diritti e meno opportunità degli altri coetanei"<sup>44</sup>, minando così la sua dignità. Premesso che l'universo della disabilità non rappresenta una categoria

<sup>39</sup> C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili*, cit., 24.

<sup>40</sup> E. LONGO, *Unitarietà del bisogno di cura. Riflessioni sugli effetti giuridici conseguenti al passaggio dal modello medico al modello sociale di disabilità*, in *Non profit*, 2-2011, 15 e ss.

<sup>41</sup> C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili*, cit., 24 ss.

<sup>42</sup> A.D. MARRA, *Disabilità*, in *Digesto Disc. Priv.*, XVII, 1998, 556.

<sup>43</sup> *Op. et loc. ult. cit.*

<sup>44</sup> G. MERLO, *Uguaglianza o discriminazione*, in B. OSIO, P. BRAIBANTI (curr.) *Il diritto ai diritti, riflessioni e approfondimenti a partire dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità*, Milano, 2012, 61.



omogenea bensì una individualità, tanto che è necessario tenere conto delle esigenze di ciascuno e delle diverse situazioni, la soluzione è la rimozione degli ostacoli da parte del potere pubblico, non ricorrendo all'applicazione di azioni positive che sono generali e non tagliate per l'individuo, ma applicando le *reasonable accomodation* e, cioè, la modifica e l'adattamento dei trattamenti per assicurare ai disabili il godimento e l'esercizio dei diritti su basi paritarie. Il fattore ambientale nella concezione integrata dell'OMS assume rilevanza centrale tanto da definire la disabilità come "una condizione di salute in un ambiente sfavorevole".

È pertanto responsabilità dell'attore pubblico assumere un concreto impegno nella rimozione degli ostacoli che impediscono la piena partecipazione del disabile alla vita della società, svilendo la sua dignità.

Da un punto di vista strettamente giuridico, la pietra miliare di questa rivoluzione culturale in cui il disabile non è un malato da proteggere, ma un soggetto che merita rispetto per la sua dignità è la Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità. Primo strumento giuridicamente vincolante in materia di diritti delle persone con disabilità, esso è il risultato di un lungo percorso, prima culturale che giuridico, in cui la disabilità non è affrontata meramente dal punto di vista dello stato di menomazione e malattia, e quindi, non secondo il modello medico bensì secondo il paradigma sociale. La disabilità diventa, quindi, una questione relativa ai diritti umani. L'obiettivo non è quello di introdurre nuovi diritti, bensì combattere una forma specifica di discriminazione<sup>45</sup>.

Il principio su cui si fonda l'intera Convenzione può essere riassunto nel motto "*nothing about us without us*". Il suo scopo è la promozione e la protezione dei diritti e della dignità del disabile attraverso l'incoraggiamento alla presa di coscienza delle loro abilità, della loro possibilità di contribuire alla crescita della società tramite la promozione della loro partecipazione alla vita sociale, economica culturale e politica di un paese con pari opportunità. Sarà così possibile riequilibrare in maniera significativa i profondi svantaggi sociali che tali soggetti sono stati costretti a subire<sup>46</sup>. La protezione dalle discriminazioni, ma anche la partecipazione del disabile alla vita sociale e l'inclusione dello stesso nei rapporti interindividuali come salvaguardia del loro equilibrio psico-fisico, sono il baluardo della Convenzione.

Ulteriore merito di questo testo è di aver superato quell'ottica della disabilità che ne faceva "uno stato naturale insuperabile e di ostacolo all'esercizio dei diritti" fondata sull'assunto che non è il disabile che non può integrarsi nella società a causa della sua diversità, ma piuttosto la società che "con le sue strutture e infrastrutture ne impedisce la partecipazione "e non sapendo adeguarsi alle diverse esigenze di queste persone che sono parte della diversità umana, ne crea la disabilità"<sup>47</sup>. Il disabile è tale perché qualcosa o qualcuno lo fa sentire così.

Fin dal Preambolo si riscontra un esplicito richiamo alla dignità umana come primo e fondamentale elemento di tutta la Convenzione. La dignità è riconosciuta connaturata alla disabilità come lo è a tutti gli esseri umani. Si rileva, inoltre, una connessione con l'uguaglianza quando, sempre in esso, viene indicato che una discriminazione sulla base della disabilità comporta una violazione della dignità. Viene così confermato quanto ha ribadito la dottrina giuridica e, cioè, che la dignità è il valore che sta sull'olimpico dei valori degli ordinamenti giuridici. Viene, altresì, sancito che la dignità non va solo riconosciuta ma anche promossa. Si afferma così che si tratta di uno strumento essenziale per l'uguaglianza che vale per i disabili di tutte le latitudini. In tutto il dettato della Convenzione si trovano richiami impliciti ed espliciti alla dignità, ribadendosi che è necessaria la promozione della stessa attraverso azioni positive, non essendone sufficiente il semplice rispetto. La vera rivoluzione di questo documento sta nell'aver accostato alla disabilità tutti quei valori insiti nella dignità stessa<sup>48</sup>.

I diritti dei disabili, infatti, devono ritenersi intrinseci nella nozione stessa di dignità e di vita umanamente dignitosa.

---

<sup>45</sup> G. MERLO, *Uguaglianza o discriminazione*, cit., 62.

<sup>46</sup> C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili*, cit., 45.

<sup>47</sup> C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili*, cit., 47.

<sup>48</sup> R. BELLI, *Vivere eguali. Disabili e compartecipazione al costo delle prestazioni*, Milano, 2014, 138 ss.

Il nocciolo fondante di tale documento va ricercato nel fatto che la disabilità è il prodotto delle barriere sociali.

La Convenzione ha rappresentato il fulcro attorno al quale costruire il diritto della disabilità che, partendo da un sistema basato sulle capacità e, dunque, sulla universale dignità umana, non è solo il frutto di una teoria morale basata sui valori, ma una dottrina politica dei diritti fondamentali<sup>49</sup>. Nonostante nella parte finale della Convenzione vengano richiamati gli strumenti e le procedure necessarie per attuare in maniera effettiva tutte le disposizioni enunciate al fine di evitare che tale documento finisca per rimanere soltanto un catalogo di buoni propositi destinato all'oblio, la mancanza di indicazioni specifiche relative ai meccanismi di coordinamento e l'indicazione delle caratteristiche che debbano avere le strutture, crea un'ombra sulla loro incisività. Si segnalano, pertanto, delle lacune dal punto di vista dei meccanismi di *enforcement* della Convenzione<sup>50</sup>.

In Italia vige una legislazione su doppio binario: da una parte disposizioni di natura assistenziale, che, malgrado la novità dell'evoluzione normativa, è pur sempre un'esplicazione del modello medico, ossia la l. n. 104/1992 ("legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate"), che trova applicazione per coloro che presentano "una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva che è causa di difficoltà di apprendimento di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione"<sup>51</sup>. Va ribadito che la l. n. 104/1992, nonostante i suoi limiti derivanti anche dal fatto che ha più di 25 anni, rimane ancor oggi fondamentale proponendo un quadro organico di tutela in vari settori, e un primo passaggio verso l'affermazione del modello sociale<sup>52</sup>. Dall'altra, soprattutto in tempi più recenti, si è assistito al sorgere di norme il cui scopo era l'inclusione in base alle capacità residue del soggetto piuttosto che all'assistenzialismo sulla base dell'inabilità. Anche nell'ambito scolastico, come si è già segnalato, si è assistito, a partire dagli anni '70, ad un cambio di paradigma con l'abbandono delle classi o delle scuole speciali, includendo il disabile nelle classi con gli altri alunni. L'integrazione è però avvenuta, inizialmente, nel modo errato facendo cioè adattare il disabile al sistema piuttosto che il sistema al disabile e, quindi, senza che avvenisse una vera modifica culturale, sociale e pedagogica nella scuola, primo luogo di formazione e crescita delle coscienze. Si è, dunque, verificata a causa di una legge miope, che non si addentra nella realtà, ma che si impone, quella incapacità di rispettare la dignità dei soggetti più deboli. Nell'evoluzione più recente si fa riferimento al concetto di inclusione sociale anziché di integrazione o inserimento, che si consegue attraverso un mutamento dell'ambiente e del contesto sociale in cui il disabile vive. Sostanzialmente vanno cambiate le regole sociali e non adattato il soggetto all'ambiente così com'è.

Il rispetto della dignità del disabile passa attraverso l'inclusione in una società che riconosca e valorizzi le sue abilità affinché possa godere di una soddisfacente qualità di vita. Il tutto si concretizzerebbe semplicemente con la piena attuazione dell'art. 3 comma 2, della nostra Costituzione. Accettare e integrare i disabili è però difficile e uno dei principali motivi di tale difficoltà va ricercato nel fatto che è faticoso accettare l'idea del limite che la disabilità rappresenta rispetto ai modelli culturali che la società propone.

La vulnerabilità dell'uomo e in special modo della persona con disabilità è una condizione che spoglia l'uomo dall'autonomia e lo obbliga alla dipendenza, non ci si rende però conto che la vulnerabilità è una caratteristica ontologica e imprescindibile di tutti gli uomini. Tutti hanno delle fragilità e dipendono per svariati motivi dagli altri. La vulnerabilità, anche in virtù del fatto che nel corso del tempo svariate categorie sociali hanno visto calpestati i propri diritti e hanno preteso tutela da parte dell'ordinamento giuridico, è una comune condizione esistenziale.

---

<sup>49</sup> R. SANLORENZO, *Introduzione. Persone con disabilità: diritti e strumenti di tutela*, in [Questione giustizia](#), 3/2018, 5 ss.

<sup>50</sup> D. FERRI, *Brevi cenni a margine della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità*, all'indirizzo: [http://cde.univr.it/Approfondimenti/09\\_01\\_approfondimenti.pdf](http://cde.univr.it/Approfondimenti/09_01_approfondimenti.pdf).

<sup>51</sup> C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili*, cit., 30.

<sup>52</sup> G.M. FLICK, *Diritto e disabilità, o "diritto alla disabilità"?* in [Federalismi.it](#), n. 12/2013, 3 ss.

Presa coscienza che tutti abbiamo delle vulnerabilità “il diritto e i diritti si rappresentano come un terreno importante entro cui si può sostenere una più robusta concezione universalizzante dei diritti che cerchi di rispondere ai bisogni umani fondamentali per il cibo, un rifugio e altre condizioni per persistere e fiorire”<sup>53</sup>. Solo riconoscendo la vulnerabilità come condizione umana sarà possibile accettare la dipendenza reciproca, che si concretizza nella cura e nell’aiuto degli uni verso gli altri. In questo modo la vulnerabilità può anche diventare una risorsa, che si concretizza nella creazione di una rete di relazioni capace di avvolgere e proteggere il soggetto debole valorizzandolo e tutelando così la sua dignità. Tale protezione comporta l’abbassamento delle sofferenze, assieme alla valorizzazione delle capacità di ognuno. La vulnerabilità rappresenta una risposta alle minacce alla dignità che a sua volta richiede considerazione per la sorte di ognuno e rispetto per le scelte di tutti. Nell’ambito specifico della disabilità la vulnerabilità come risorsa si concretizza nel dovere da parte della società di rispettare il principio di solidarietà costituzionalmente prescritto<sup>54</sup>.

L’uomo, infatti, nella società risponde restituendo doveri ai diritti che riceve. Si sviluppa così armoniosamente e in pienezza la società nel rispetto della pari dignità sociale. La libertà che viene assicurata al disabile nella cornice degli artt. 2 e 3 della Costituzione è quella di poter agire in autonomia nell’ambito di una rete di relazioni e convenzioni sociali in cui è dovere dello Stato rimuovere gli ostacoli che limitano i soggetti fragili, altrimenti costretti all’omologazione dei comportamenti e all’imposizione di comportamenti dall’esterno<sup>55</sup>. Nonostante l’impostazione basata sul principio personalista della nostra Costituzione e, quindi, sulla centralità della persona e della sua dignità, nella cultura e nel linguaggio di tutti i giorni prevale il modello dicotomico abile-disabile, generando le incolmabili distanze che portano all’esclusione, vedendosi nella disabilità solo un problema. La presenza di qualche *deficit*, nella società odierna, è assoggettata all’identità della persona, la menomazione come caratteristica ontologica del soggetto nel quale si riesce a vedere solo quello, contrariamente a quanto imporrebbe la Costituzione, in cui anche abilità differenti possono servire, anzi, servono a costruire la società. È necessaria una riscoperta dell’art. 3 Cost. al fine di rendere i deboli meno deboli in nome dell’uguaglianza che spetta ad ognuno nella quotidianità. È, perciò, necessario che individui e istituzioni agiscano con l’attenzione e il rispetto per tutti e per ciascuno. L’attenzione per la difesa delle esigenze di ciascuno è una necessità inscindibile dalla persona umana in un’impresa in continua costruzione affinché il soggetto debole, reso vulnerabile dal fatto che non gode di tutti o di alcuni diritti o di quelli di cui godono gli altri, quando la situazione concreta di svantaggio in cui si trova e la sensibilità sociale ne fa percepire la condizione, in un processo che porta a pretendere parità nelle opportunità, possa procurare loro il massimo vantaggio. Se ne ricava il legame assiologico che rappresenta la stella polare dell’ordinamento nell’ambito dei rapporti sociali ossia la dignità umana e il libero sviluppo dell’individuo. In definitiva quei tasselli che insieme creano la protezione di chi è debole, disabile, minore, anziano ecc.. Sarà poi compito del diritto, ma di un diritto duttile e plasmabile, non miope e rinchiuso nei formalismi ma al servizio della società, avere come fulcro la persona e la capacità di riconoscere le situazioni esistenziali delle persone, dando loro le risposte che si attendono e facendole uscire dall’ombra e dall’oblio. Ciò può avvenire attraverso “l’autodeterminazione in quanto rappresenta il punto più intenso ed estremo della libertà esistenziale, che si declina pure come libertà giuridica”<sup>56</sup>. È qui che si racchiude l’essenza dell’essere umano, nonché, nella prospettiva giuridica, l’essenza della Costituzione, la quale affonda le proprie radici nell’immanente diritto ad essere persone. L’autodeterminazione rappresenta un aspetto imprescindibile nella vita di ognuno e ancor di più nella vita di un disabile.

---

<sup>53</sup> S. ROSSI, *Forme della vulnerabilità e attuazione del programma costituzionale*, in [Rivista AIC](#), n. 2/2017, 4 ss.

<sup>54</sup> *Op. et loc. ult. cit*

<sup>55</sup> L. TRUCCO, *Introduzione allo studio dell’identità individuale nell’ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, 171 ss.

<sup>56</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2015, 250.

Ciò che nel linguaggio comune si configura con il termine autonomia, cioè essere in grado di fare da sé, nell'accezione giuridica significa, invece, essere in grado di prendere decisioni da sé e in questo si può sovrapporre all'autodeterminazione<sup>57</sup>.

La possibilità di realizzare sé stessi senza intromissioni di altri e pertanto decidere un progetto di vita e compiere tutte le azioni necessarie per raggiungere gli obiettivi preposti concreta l'autodeterminazione. Questo implica che non ci siano imposizioni dall'alto al fine di non ledere la dignità di ciascuno. Essa sarebbe sacrificata se l'individuo non potesse responsabilmente scegliere il diritto alla ricerca di sé. Ogni individuo ha diritto, nell'ambiente in cui vive, di realizzare la sua personalità "libero da interferenze illegittime e arbitrarie"<sup>58</sup>.

La gravità di una disabilità è direttamente proporzionale al livello di autodeterminazione di cui la dignità è espressione. Più è grave maggiore dovrebbe essere la possibilità di autodeterminarsi per non intaccare la dignità di ognuno<sup>59</sup>. La dignità è, dunque, lo strumento che può essere usato per ampliare la sfera di autonomia degli uomini e, di conseguenza, creare il terreno fertile per la creazione di un'identità libera, che deve essere garantita a tutti indipendentemente dai limiti fisici. Le decisioni dei soggetti affetti da disabilità saranno, però, effettivamente libere se il potere pubblico saprà costruire un contesto idoneo per prenderle<sup>60</sup>.

La dignità è il ponte per la costruzione dell'integrità della persona. La vita degna di essere vissuta non è quella che qualcuno prevede per qualcun altro o quella che la società ha stereotipato come tale, bensì quella che ognuno autonomamente si costruisce.

Un sistema in cui venga garantita l'autodeterminazione dell'individuo, da affiancare all'autonomia nella scelta di un percorso scolastico e poi lavorativo, è quello che servirebbe ad avere una vita concretamente indipendente. In un contesto socio-economico come quello attuale è difficile avviare percorsi di vita indipendente viste le necessità finanziarie richieste per attuarli. Non si tiene, però, conto del ritorno economico e di civiltà che se ne potrebbe ricavare. Una persona prima inattiva e passiva diventerebbe attiva e capace di produrre reddito. Inoltre, e soprattutto, vedendo rispettata la sua dignità, sentirebbe di appartenere e di essere utile alla società in cui vive. L'indipendenza, infatti, non riguarda esclusivamente la sfera personale ma contempla anche la partecipazione al contesto sociale in cui si è radicati. Risulta evidente la connessione tra vita indipendente, autodeterminazione e principi fondanti della Costituzione: laddove venga negata la vita indipendente o l'autodeterminazione si lede la dignità, la libertà l'autonomia e l'uguaglianza. Spetterebbe allo Stato rimuovere gli ostacoli e favorire l'*empowerment* dei disabili. Si osserva, però, che le possibilità di autodeterminazione e, quindi, gli altri diritti ad essa connessi sono molto, anzi, troppo spesso negati a chi ha gravi disabilità per il fatto che non sono in grado di fare da sé. Tale violazione avviene in due modi: da una parte vengono erogate prestazioni quantitativamente ed economicamente insufficienti, per cui il disabile non può fare tutto ciò che vuole, con una violazione della sua libertà oltre che della dignità. Dall'altra parte, l'autodeterminazione viene negata per il fatto che le prestazioni vengono erogate non in base alle necessità del disabile ma alle decisioni di chi eroga le prestazioni stesse. Si pensi, per esempio, agli ausili inadeguati che vengono forniti con dispendio di denaro pubblico per poi essere accantonati da chi li deve usare non essendo idonei o funzionali alle necessità di chi li aveva richiesti. Ciò avviene sulla base del fatto che le erogazioni vengono effettuate seguendo i criteri impartiti dai dirigenti anziché secondo le necessità proprie degli utenti. Tutto ciò nella massima negazione dei diritti fondamentali. La Costituzione, invece, imporrebbe il divieto di astrarre dalle condizioni materiali, stabilendo una relazione tra esistenza, libertà, dignità e sviluppo della personalità. Nel suo dettato, infatti, non si limita ad indicare una qualsiasi forma di esistenza, ma un'esistenza piena, libera e dignitosa (come prevede l'art. 36 Cost. in tema di lavoro).

Una possibile criticità che si può riscontrare nel bilanciamento tra il principio di autodeterminazione e le esigenze di tutela soprattutto in caso di disabilità psichiche, quindi, di persone

---

<sup>57</sup> R. BELLI, *Vivere eguali*, cit., 144 ss.

<sup>58</sup> P. ZATTI, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 6, 2012, 379.

<sup>59</sup> R. BELLI, *Vivere eguali*, cit., 152 ss.

<sup>60</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto*, cit., 125.

doppiamente vulnerabili. Il diritto, proprio al fine di garantire l'autodeterminazione dei soggetti più deboli, identifica e indica i limiti e le condizioni entro cui i terzi possono partecipare alle decisioni che producono effetti giuridici nella sfera altrui, attraverso strumenti differenziati al fine di conciliare la volontà della persona con la decisione. A tal fine sarà sufficiente rimodulare le categorie giuridiche, senza crearne di nuove, attraverso un procedimento interpretativo di ricostruzione delle stesse, tenendo conto del mutare del contesto sociale e, in ultimo, cogliendo la relatività e la storicità delle categorie. Quanto affermato si esplica attraverso l'istituto dell'amministrazione di sostegno che ribadisce la necessità di sentire, capire e rispettare la volontà dell'individuo, al fine di non rischiare di rendere le persone oggetti, anziché, soggetti con aspirazioni e desideri. Tutto ciò tenendo presente che in certe situazioni il miglior interesse del disabile non è quello da lui auspicato, ma quello di ricorrere all'interdizione. Nell'affrontare la realtà è necessario, ogni volta, compensare autodeterminazione e caso concreto, soprattutto nelle situazioni di vulnerabilità dove non bisogna dimenticare che si è sempre in presenza di una persona con la sua unicità che preclude, pertanto, una soluzione standardizzata<sup>61</sup>.

### *5. Oltre i formalismi: disabili da peso a risorsa per la società.*

Per poter operare in qualunque settore sono necessarie delle competenze che derivano dalla conoscenza della materia di cui ci si deve occupare. Per essere competenti sono necessari alcuni requisiti. Innanzitutto, avere la volontà e la capacità di conoscere la realtà e farsi l'esperienza nel vissuto reale del settore di cui ci si vuole occupare. A tal fine è necessaria una mente sgombra da pregiudizi, sicuramente diminuiti rispetto al passato, ma tutt'ora presenti, e una certa dose di intelligenza, bene sempre più scarso e prezioso, ma che deve essere tanto maggiore quanto più ampia è la forbice della differenza tra disabili e normodotati. Se manca la competenza, infatti, non ci può essere nemmeno il rispetto di quei fondamentali diritti quali solidarietà e non discriminazione.

La società, quindi, deve saper scegliere legislatori competenti che sappiano affrontare i problemi in maniera corretta, che non facciano le leggi sull'onda delle emozioni, come spesso accade, e che sappiano programmare il futuro con un occhio al passato.

Non c'è competenza in chi fa le norme quando le complicazioni burocratiche e gli aggravii economici sono maggiori per un disabile rispetto ad un normodotato per ottenere lo stesso risultato. Non tenere conto delle esigenze vere dei soggetti a cui una norma è dedicata semplifica enormemente l'attività politica e lavorativa dei soggetti preposti che evitano l'impiego di tempo ed energie per capire la realtà vera, la cui comprensione è tanto più necessaria quanto più è grave la disabilità, e tanto maggiore sarebbe il bisogno di solidarietà. Esercitare il potere in questo modo comporta, nello specifico delle norme sulla disabilità, che i destinatari rimangano nella loro situazione di svantaggio, a volte anche peggiorandola, oltre a violare gravemente le prescrizioni degli articoli 2 e 3 Cost..

Per riuscire a rovesciare il paradigma della disabilità da peso a risorsa per la società è obbligatorio passare attraverso il coinvolgimento dei disabili nelle politiche che li riguardano. Affidare la stesura di norme sulla disabilità ai normodotati, come avviene di prassi, può significare violare i principi fondamentali della Costituzione. Un normodotato difficilmente può mettersi nei panni di un soggetto con disabilità e anche se lo fa non ci riuscirà mai completamente, nemmeno un disabile motorio potrà mettersi nei panni di un cieco o di un sordo perché diversi sono i problemi e le esigenze di ogni tipo di disabilità. Per evitare, quindi, spreco di risorse economiche, già scarse, sarebbe auspicabile un coinvolgimento dei destinatari delle norme. Ciò significherebbe una maggiore qualità degli atti normativi e giurisprudenziali.

Il paradigma si rovescia e la disabilità si supera anche attraverso la consapevolezza della collettività. È attraverso quest'ultima che la società è attiva e prende iniziative per i propri diritti; è inoltre necessaria per garantire i diritti umani e le libertà fondamentali dei disabili riuscendo così a

---

<sup>61</sup> G. LATTI, *Il progetto personalizzato tra autodeterminazione ed esigenze di protezione*, in [Questione Giustizia](#), 3/2018, 27 ss.

influenzare la società. Le norme giuridiche da sole pur avendo un ruolo primario ed essenziale possono non bastare<sup>62</sup>. Il diritto si costruisce dal basso<sup>63</sup>, e gli operai sono i singoli cittadini che devono essere attivi protagonisti nella e della società. Il diritto, infatti, non è un dato che si impone all'uomo ma uno strumento con aspirazioni di libertà che non ha solo la funzione di dare regole ma anche certezza alle relazioni sociali e serve per ricostruire l'ordine simbolico a cui si devono conformare i poteri pubblici e le condotte individuali. Al centro del discorso giuridico deve essere posta la persona in "carne e ossa" e non il soggetto astrattamente concepito.

Attraverso la sfida dell'*empowerment*, inteso come aumento delle capacità e possibilità di scelta e di azione delle persone, lo Stato ha lo strumento per valorizzare le abilità dei disabili, facendoli diventare soggetti e non più meri oggetti. Ciò dovrà avvenire partendo dalla scuola: i bambini vanno educati all'uguaglianza e alla non discriminazione della diversità, ciò significherà far crescere uomini e donne che vivono con normalità la diversità. In questo modo verrà data attuazione ai principi fondamentali della Costituzione. L'uguaglianza sostanziale non sarà più utopia ma semplice normalità.

Esistono alcuni esempi in cui si è riusciti a trasformare la disabilità in risorsa facendo inclusione sociale. Queste realtà, che dovrebbero rappresentare la normalità, sono purtroppo solamente delle isole felici in un mare di ingiustizie. È emblematico il fatto che finiscano sui giornali per la loro rarità.

Se non si riesce a vivere con normalità la possibilità che un disabile possa essere un grande *manager* o uno scienziato senza ribadire la sua menomazione significa che nonostante gli innegabili progressi continua a imperare il pregiudizio nei confronti delle capacità e possibilità delle persone con disabilità. Finché non cadranno le barriere culturali e si riuscirà a comprendere che l'inserimento dei disabili può essere un patrimonio oltre che culturale e di civiltà anche economico, e non relegando questi soggetti in situazioni di subalternità che non sono né moralmente né costituzionalmente ammissibili, nessuna norma sarà sufficiente a modificare la situazione.

## 6. *Prospettive future.*

Dall'analisi effettuata risulta evidente che definire un concetto come quello di dignità, pur nell'importanza che questa ricopre anche in ambito giuridico, è assai complicato anche se non è tanto e solo un problema di definizione quanto di comprensione del principio e del suo adattamento per una più efficace attuazione<sup>64</sup>. Le difficoltà nascono dal fatto che trattasi di un principio complesso sia per la storicità della definizione, per il fatto che si tratta di concetto di derivazione filosofica, per il suo radicamento nella storia costituzionale moderna di ogni nazione e anche per la sua dimensione culturale. Tutti questi aspetti rendono la dignità un principio suscettibile dei mutamenti storici culturali e sociali. Tanto che va considerato più come un concetto "elastico" frutto di un processo, piuttosto che un risultato definitivo.

La dignità si configura come un valore supremo e universale, intrinseco ad ogni individuo, indipendentemente dalle sue capacità o caratteristiche personali. È il fondamento del patrimonio dei diritti di ogni persona. Il concetto di dignità rappresenta, inoltre, la premessa per il riconoscimento dell'antiorità dell'uomo rispetto allo Stato.

Accostare, peraltro, il concetto di dignità alla disabilità può rivelarsi arduo sia per l'elasticità del concetto sia perché esso è affiancato ad un ambito complicato della società che si tenderebbe a nascondere o affrontare con pietismo piuttosto che con la corretta considerazione.

---

<sup>62</sup> V.L. KARR, *A life of Quality: Informing the UN Convention on the Rights of Person With Disabilities*, in *Journal of Disability Policy Studies*, 2011 (all'indirizzo telematico [https://www.academia.edu/8606968/A\\_Life\\_of\\_Quality\\_Informing\\_the\\_UN\\_Convention\\_on\\_the\\_Rights\\_of\\_Persons\\_With\\_Disabilities](https://www.academia.edu/8606968/A_Life_of_Quality_Informing_the_UN_Convention_on_the_Rights_of_Persons_With_Disabilities), 5 ss.)

<sup>63</sup> Su tale concezione, cfr. P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia*, Bologna, 2018.

<sup>64</sup> La dignità, "introdotta nel mondo del diritto, mantiene la sua natura di valore e, nella contemporaneità, è assurta a valore per eccellenza" anche nella sua comparazione con la libertà individuale: così G. TIEGHI, *Fiscalità e dignità umana nell'ottica della comparazione tra ordinamenti anglo-americano e messicano*, in *DPCE* 3/2018, 817.

Sono sicuramente numerosi e fondamentali i progressi fatti per la tutela e il rispetto della dignità dei disabili. Si pensi al cambio di paradigma da modello medico a modello sociale che ha consentito di considerare il disabile anche dal punto di vista delle tutele giuridiche sotto un'altra ottica e cioè considerarlo non più esclusivamente come un soggetto bisognoso di cure da tenere ai margini della società, ma piuttosto una persona tra e come le altre, in grado di contribuire attivamente alla vita della società, quindi, alla stregua delle altre categorie come il cittadino-contribuente o il cittadino-lavoratore. Questa prospettiva può trovare fondamento su un determinato modo di concepire il diritto. Il diritto, infatti, per supportare la tesi suddetta, non può che essere inteso come un insieme di dettati, a volte anche disorganizzati e complessi, ma prima di tutto atteggiamenti psicologici che esprimono una mentalità. “Un modo di percepire la realtà, e di decodificarla qualificandola”<sup>65</sup>. La realtà deve essere letta nella sua effettiva complessità<sup>66</sup>. Su di essa il giurista deve creare norme su misura, ma che siano anche facilmente adattabili e interpretabili proprio come fa un sarto quando confeziona un vestito su misura.

Nonostante i diritti dei disabili siano garantiti e le discriminazioni vietate dal diritto interno e internazionale, permangono numerose situazioni di inferiorità oltre che di negata tutela. Affinché i principi costituzionali e tutte le norme in materia vengano pienamente rispettate e si attui un'effettiva uguaglianza, lo sguardo del giurista non deve più rivolgersi agli astratti soggetti della narrazione legislativa che rappresentano immagini deformate della realtà, né ai loro comportamenti caratterizzati da formule generali ed astratte che dovrebbero essere decostruite per rivelarne l'effettiva connotazione. Gli esperti del diritto dovranno rivolgere la loro attenzione a quell'uomo in “carne e ossa”<sup>67</sup>, vittima di un sopruso o che reclama un bisogno, frammentando il loro ruolo di maestri finora ricoperto, animati da valori e spinti da concreti interessi, devono rivelare i loro mille volti reali nascosti dietro la maschera del rigido soggetto unico di diritto.

La persona, i suoi diritti fondamentali e la sua dignità devono tornare ad essere il baricentro del lavoro dei giuristi, come auspicato dalla Costituzione e dal lavoro dei Padri Costituenti. Solo così penetreranno nell'ordine giuridico figure diverse, comunque espressione della condizione umana, che attraverso il loro vissuto potranno trasferire e formalizzare le loro rivendicazioni per la costruzione di una società che offre a tutti le stesse opportunità.

Il diritto deve rivendicare e impegnarsi a ricoprire questo ruolo di costruttore. Ciò può avvenire solo con una presa di coscienza che servono norme con prescrizioni semplici facilmente malleabili per essere interpretate e applicate al caso concreto.

Non fanno più effetto le norme con grandi proclami incomprensibili alla maggioranza della società: il diritto e, con esso, il giurista deve essere umile e pragmatico. Deve essere come un contadino che prepara il terreno al meglio per la semina al fine di raccogliere buoni frutti. La costruzione giuridica deve essere lineare: tenere conto, senza nostalgia, del passato e costruire oggi per il futuro. Le costruzioni devono essere fatte con lungimiranza non sull'emozione del momento. Serve una classe di giuristi preparati, ma anche in grado di approcciarsi alla realtà, con umiltà e partecipazione per soddisfare al meglio le necessità dei destinatari cui la norma si rivolge. Il diritto deve cambiare rotta cioè essere costruito dal basso. L'imposizione e i termini altisonanti non sono più adatti alla società in continuo mutamento: solenni dichiarazioni sublimi nei loro elevatissimi contenuti ma che non vanno oltre l'astrattezza non faranno progredire la società.

Per la disabilità è necessario creare poche norme, ma chiare, facilmente adattabili ai vari tipi di disabilità dato che si è avuto modo di constatare che dietro un termine si nasconde un universo di situazioni estremamente diverse.

È necessario passare dalle parole ai fatti. Non basta più solo cambiare i termini da “disabile” a “diversamente abile”: bisogna cambiare la sostanza, nello specifico la mentalità, e ciò va fatto fin dalla tenera età. Il disabile non è da compatire ma da coinvolgere nella società; ciò che si propone è l'applicazione di un fondamento costituzionale: il principio di solidarietà, ma, anche la partecipazione

---

<sup>65</sup> M. BERTOLISSI, *Contribuenti e parassiti in una società civile*, Napoli, 2012.

<sup>66</sup> P. GROSSI, *L'invenzione*, cit., 33.

<sup>67</sup> Sul rilievo del concetto di pluralismo, P. GROSSI, *L'invenzione*, cit., XX e s.

del singolo alla vita collettiva. Spetta al legislatore, ma soprattutto all'interprete attraverso norme che partano dall'esperienza, questo compito: restituire dignità attraverso il diritto è segno di civiltà e la nostra Costituzione, sempre attuale, insegna: nata dalle ceneri e dal disastro lasciato da guerra e totalitarismo ha saputo ridare dignità ad un popolo allo sbando.

È auspicabile, prima di tutto, educare fin dall'infanzia alla diversità: crescere bambini che vedano nel compagno debole solamente un compagno tra gli altri farà sì che crei una società dove la disabilità è normalità. Se non si riesce a vivere con normalità la possibilità che un disabile possa essere un grande *manager* o uno scienziato senza ribadire la sua menomazione significa che nonostante gli innegabili progressi continua a imperare il pregiudizio nei confronti delle capacità e possibilità delle persone con disabilità. In secondo luogo, mettere in pratica ciò che tutti i giorni insigni ed illuminati docenti di diritto predicano dalle cattedre delle Università e, cioè, che il diritto è vivo, va nutrito e coltivato, che non deve essere un semplice comando normativistico. Il giurista tra i cittadini deve saper cogliere le sue necessità e trasformarle in norme semplici e utili, facili da interpretare e applicare alle mille sfaccettature della vita di tutti i giorni. Il diritto non deve essere al servizio del potente di turno e del suo capriccio, ma piegato per le necessità del popolo: solo così la sua dignità sarà rispettata.

La sfida è depurare il diritto da artificiosità e astrattezza per tentare di illuminare il significato profondo di una umanità ormai refrattaria alle ideologie e ai proclami e, che pretende di vedere rispettata concretamente la propria dignità. Finché non cadranno le barriere culturali e si riuscirà a comprendere che l'inserimento dei disabili può essere un patrimonio oltre che culturale e di civiltà anche economico, relegando questi soggetti in situazioni di subalternità che non sono né moralmente né costituzionalmente ammissibili nessuna norma sarà sufficiente a modificare la situazione.

La sfida è ardua, il timore è che non si concretizzi in un futuro prossimo, a meno che non si verifichi il cambio di paradigma che si è cercato di sintetizzare fin qui. Solo attraverso quel principio di ragionevolezza, che supera le rigidità di una mera razionalità, il giurista potrà creare norme bilanciabili con i valori e con le esigenze della vita di ognuno.



**Antonio Ruggeri**  
**Caro Roberto, provo a risponderti sulla “doppia pregiudizialità”**  
**(così mi distraigo un po’ anch’io...)**

SOMMARIO: 1. Grazie di cuore, caro Roberto: *non sum dignus sed accipio*. – 2. Il bisogno di ripensare, ancora una volta, alla questione della “doppia pregiudizialità” tanto dal punto di vista di coloro che si riconoscono nella posizione della Corte costituzionale quanto, però, anche da quello di coloro che, in maggiore o minore misura, vi si discostano. – 3. Il nodo non sciolto dai fautori della necessaria precedenza della pregiudizialità costituzionale: come impedire al giudice dubbioso circa il retto significato del disposto eurounitario d’interpellare senza indugio la Corte dell’Unione? – 4. (*Segue*) ... e come non dargli modo, a seguito della pronunzia della Corte dell’Unione che abbia acclarato l’esistenza dell’antinomia, di avvalersi del suo potere-dovere di fare applicazione diretta della norma sovranazionale in vece di quella interna? – 5. Una insoluta aporia teorica di costruzione: a seconda della via (a stare all’ultima giurisprudenza costituzionale, *liberamente*) imboccata dal giudice, la *medesima* antinomia risulterebbe qualificata ricorrendo ora allo schema della “non applicazione” ed ora invece a quello della invalidità che porta all’annullamento della norma interna per mano del giudice delle leggi. – 6. La soluzione ottimale: pervenire all’annullamento con effetti *erga omnes* della norma interna, previa la sua “non applicazione” da parte del giudice comune. – 7. L’opportunità d’istituire presso la Consulta una *corsia preferenziale* per le questioni di “costituzionalità-eurounitarietà”.

1. *Grazie di cuore, caro Roberto: non sum dignus sed accipio*

Debbo subito dichiarare di aver esitato a lungo prima di dare il via per la pubblicazione di questo scritto, per una duplice ragione.

In primo luogo, perché non credo che sia opportuno che il destinatario di un contributo scientifico a lui specificamente dedicato risponda con un altro contributo. Mi sono poi persuaso che questo rilievo non è sempre risolutivo e che può essere superato laddove, grazie al raffronto dei punti di vista, si riesca a raggiungere un ravvicinamento degli stessi, se non pure il loro pieno ricongiungimento, secondo quanto tenterò di precisare meglio a breve.

In secondo luogo, confesso un certo disagio a rappresentare le succinte notazioni che mi accingo a svolgere, specie dopo la lettura del primo paragrafo del bellissimo “pezzo” che Roberto Romboli mi ha dedicato, uscito giorni addietro su questa stessa *Rivista*<sup>1</sup>, che mi ha molto commosso. In esso è infatti racchiusa e mirabilmente espressa una sintesi efficacissima e assolutamente fedele dei sentimenti che ci uniscono ormai da oltre quarant’anni: stima incondizionata e affetto fraterno, cementati da innumerevoli occasioni di comune impegno scientifico, alcune delle quali ricordate da R., e da momenti spensierati trascorsi assieme ai nostri cari. Un paragrafo davvero scritto col cuore e che ha colpito il cuore del suo diretto destinatario, incapace di replicare sullo stesso terreno perché sprovvisto delle doti di ironica affabulazione di cui è invece dotato l’autore del “pezzo” stesso. Alcune velate allusioni (come quelle alla mia memoria, definita “eccezionale” ma in realtà incapace di stare alla pari rispetto alla sua, o l’altra, assolutamente veritiera, relativa alla mia abilità nel manipolare le carte da gioco) possono essere colte ed apprezzate fino in fondo, oltre che da noi stessi, solo dai pochi amici e colleghi che sono stati da noi messi al corrente del loro recondito significato.

Ecco, di fronte a un “pezzo” come questo mi sento disarmato e posso solo dire: grazie di cuore, *non sum dignus sed accipio*.

2. *Il bisogno di ripensare, ancora una volta, alla questione della “doppia pregiudizialità” tanto dal punto di vista di coloro che si riconoscono nella posizione della Corte costituzionale quanto, però, anche da quello di coloro che, in maggiore o minore misura, vi si discostano*

<sup>1</sup> ... dal titolo [Caro Antonio ti scrivo \(così mi distraigo un po’\). In dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”, Studi 2019/III](#), 644 ss.

La lettera aperta indirizzatami da R., ricca di spunti critici puntuali e meritevoli della massima considerazione, mi ha stimolato a riflettere, ancora una volta, sul tema della “doppia pregiudizialità”, sforzandomi di guardarlo non soltanto dal mio punto di vista ma anche (e soprattutto) da quello del mio caro ed autorevole interlocutore. All’esito di questa riflessione, i cui punti più salienti ora sinteticamente riferirò, ne ho tratto questa complessiva valutazione: che, sull’onda della tesi di fondo in cui ciascuno di noi si riconosce, siamo entrambi portati a proiettarne in primo piano i pregi ed a lasciarne invece nell’ombra i difetti. L’oggetto dello studio ha, infatti, molte facce, tutte egualmente meritevoli di essere osservate e descritte: fissare l’attenzione unicamente su una (o alcune) fa correre, dunque, il rischio di lasciare nell’ombra l’altra (o le altre), non cogliendo quanto di buono pure in essa (o esse) vi è rappresentato. D’altronde, la soluzione della questione della doppia pregiudizialità, quale che sia (in linea con l’orientamento in cui si riconoscono la Consulta e i suoi benevoli *laudatores* ovvero in modo rispetto ad esso divergente), porta pur sempre con sé sia costi che benefici. Ed è perciò opportuno che nessuno di essi sia tralasciato, nella ricerca del percorso più diritto e lineare in grado di condurre alla meta di un ottimale appagamento (o, se si vuole, del minore sacrificio possibile) delle aspettative nutrite da *tutti* gli operatori istituzionali in campo (Corte costituzionale, Corte di giustizia, giudici comuni) e – ciò che più importa – dai soggetti portatori di diritti meritevoli di tutela. Perché – non dovrebbe mai perdersi neppure per un momento di vista – ciò che poi, al tirar delle somme, conta davvero è offrire risposte credibili e fin dove possibile appaganti di giustizia costituzionale (nell’accezione materiale del termine, avuto cioè riguardo all’essenza della Costituzione e delle altre Carte, quale quella di Nizza-Strasburgo, il riconoscimento dei diritti fondamentali<sup>2</sup>). E ciò, senza peraltro dimenticare che le risposte offerte dai giudici, da *tutti* i giudici (comuni e costituzionali, nel senso materiale appena indicato), devono pur sempre mantenersi entro la cornice delle regole che presiedono all’esercizio della giurisdizione (un fermo richiamo alla cui osservanza è stato in più occasioni indirizzato dallo stesso R.<sup>3</sup>), con la conseguenza che, ove dovessimo concludere nel senso che le regole stesse non sono più adeguate – perlomeno con riguardo a talune fattispecie e in relazione a taluni bisogni –, la via piana non è di certo quella della loro forzosa dilatazione per via d’interpretazione bensì l’altra del loro rifacimento con le procedure allo scopo prescritte.

*3. Il nodo non sciolto dai fautori della necessaria precedenza della pregiudizialità costituzionale: come impedire al giudice dubbioso circa il retto significato del disposto eurounitario d’interpellare senza indugio la Corte dell’Unione?*

Tutto ciò fermo in premessa, procederò così in questa mia sintetica replica. Non indugerò sui singoli passaggi argomentativi che connotano il lineare e chiaro svolgimento dell’analisi svolta da R. ma mi soffermerò unicamente su quelli che mi sembrano essere i punti cruciali, tentando di precisare meglio l’idea che su di essi mi sono fatta e, soprattutto, di dare concretezza al discorso, vale a dire ragionando su cosa oggi convenga fare alla luce del punto di approdo in atto raggiunto dalla giurisprudenza costituzionale.

<sup>2</sup> L’accostamento delle Carte dei diritti diverse dalla Costituzione a quest’ultima è – come si sa – contestato da non pochi autori. Non posso ora tornare ad occuparmi del tema, già fatto oggetto di studio in altri luoghi; mi limito, tuttavia, solo a rammentare che la stessa [269](#), cui qui facciamo specifico riferimento, riconosce il carattere “tipicamente costituzionale” (in senso materiale) della Carta di Nizza-Strasburgo. Un punto, dunque, da tener fermo.

<sup>3</sup> ... ad es., in *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2995 ss.; *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 607 ss., e *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura dello stesso R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017, 10 ss.

Così, non tornerò ora a discutere se già la [269](#) dava modo ai giudici comuni di accordare la precedenza all'una o all'altra pregiudizialità ovvero se imponeva, come ancora una volta oggi R. e, come si sa, con lui molti altri ritengono, la necessaria precedenza di quella costituzionale sulla eurounitaria<sup>4</sup>. Ormai la questione è bell'e sepolta dalla stessa giurisprudenza, con le note [sentt. nn. 20 e 63 del 2019](#): riesumarla può, dunque, avere significato solo al piano delle discettazioni accademiche, alle quali purtroppo spesso indulgiamo, ma non serve ormai più alla pratica giuridica ed alle sue esigenze. Piuttosto, queste ultime ripropongono, imperioso, un interrogativo che ho più volte posto, in particolare quando non erano ancora venute alla luce le pronunzie di quest'anno che hanno finalmente sciolto il dilemma, e che tuttavia mi sembra essere rimasto nell'ombra nella pur lucida e penetrante analisi critica oggi svolta da R., ed è il seguente. Posto, infatti, in tesi che il giudice di turno sospetti la violazione di disposti della Carta di Nizza-Strasburgo (e, dopo la [20](#), anche di altre fonti a questa funzionalmente connesse<sup>5</sup>), oltre che – ovviamente – della Carta costituzionale, cosa di meglio e di diverso può fare rispetto all'immediato interpello del giudice eurounitario per aver sciolto il dubbio che solo potrebbe stare a base della soluzione oggi comunque *preferita*<sup>6</sup> dalla Consulta e che è appunto quella di portare l'antinomia alla cognizione di quest'ultima? È chiaro che non può escludersi in partenza l'ipotesi che il giudice abbia certezza tanto in ordine al significato e/o alla validità del disposto eurounitario evocato in campo dal caso<sup>7</sup> quanto in merito al contrasto sussistente tra di esso e un disposto di fonte nazionale, come pure tra quest'ultimo e la Carta costituzionale. Non è di questo, però, che ora si ragiona. Anche dopo la [269](#) e prima dunque che venissero alla luce le decisioni di quest'anno, viene francamente difficile da pensare che al giudice delle leggi sfuggisse la eventualità che il giudice comune potesse non avere contezza del giusto significato del disposto

---

<sup>4</sup> Già in sede di prime notazioni della parte propriamente scientifica del suo scritto, facendo richiamo del punto centrale della [269](#), R. afferma che la novità della decisione del 2017 è data dal fatto che, in caso di congiunta violazione della Costituzione e della Carta dell'Unione, è fatto obbligo al giudice di “sollevare prioritariamente la questione di costituzionalità” (647). Più avanti, però, facendo richiamo ad una sua precedente riflessione sul punto (*Dalla “diffusione” all’“accentramento”*: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, in *Foro it.*, 2018, I, 2226 ss.), si legge che “tale obbligo palesemente non potrà essere controllato e sanzionato dalla Corte, per cui dobbiamo ritenere che si tratti nella sostanza solo di un ‘invito’ rivolto ai giudici a dare la priorità alla questione di costituzionalità. Un invito quindi privo di sanzioni” (650). A quest'ultimo riguardo, mi permetto tuttavia di rammentare come da tempo nella più accreditata dottrina [riferimenti in M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, XXI (1990), 5] sia argomentata la tesi secondo cui un obbligo giuridico non cessa di esser tale solo perché non si danno strumenti sanzionatori adeguati ad assicurarne il rispetto e persino laddove non se ne dia alcuno, l'osservanza dell'obbligo stesso restando a conti fatti demandata alla fedeltà alla Repubblica (su di che, per tutti, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013). E, d'altronde, quante volte non diciamo che la Corte *deve* fare ovvero non *può* fare questo o altro, senza che peraltro i suoi atti soggiacciano ad impugnazione alcuna, in forza della “copertura” loro offerta dall'art. 137, ult. comma, Cost.? La doverosità, dunque, è una cosa, il difetto di sanzioni per la sua inosservanza un'altra [in tema ricordo qui solo la riflessione di S. CASTIGNONE, *Appunti su coazione e coercibilità*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1987, 41 ss. e F. D'AGOSTINO, *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XLI (1989), 303 ss.].

Ancora più avanti, poi, R. rileva: “Certamente nessun dubbio penso possa nutrirsi sulla *possibilità di un rinvio prima di sollevare la questione*, dal momento che *nella stessa 269*, dopo aver indicato l'obbligo di sollevare questione di costituzionalità, si legge: ‘fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del Tfu’” (654. Miei i corsivi). Ebbene, è proprio a questo passo, qui ancora una volta fedelmente trascritto, da R. addotto avverso la tesi da me patrocinata, che ho fatto richiamo nei miei studi sul tema per evidenziare come già la [269](#) lasciasse aperta la via per l'eventuale esercizio prioritario della pregiudizialità eurounitaria. Ad ogni buon conto, come passo subito a dire nel testo, la questione ha ormai perso d'importanza, pur essendo – com'è chiaro – comunque assai diverse le implicazioni conseguenti all'ordine temporale di svolgimento delle due pregiudizialità.

<sup>5</sup> Nello scritto di R. si richiama con opportune precisazioni il caso di cui alla [20 del 2019](#) (part., 651 ss.). Non si dimentichi, tuttavia, che il criterio della “connessione”, nella sua strutturale ambiguità, può prestarsi in successive occasioni agli usi più varî; e non occorre qui rammentare come anche in altri campi di esperienza, nei quali parimenti si è fatto (e si fa) utilizzo del criterio in parola (ad es., con riferimento alla insindacabilità dei parlamentari), si sia assistito a vicende processuali nel corso delle quali lo stesso è stato talora portato ad esasperate ed improprie dilatazioni.

<sup>6</sup> Credo che non possa dubitarsi che questo sia il modo giusto per rappresentare in una sola parola il quadro faticosamente messo a punto dal giudice costituzionale, perlomeno allo stadio ad oggi raggiunto dagli sviluppi giurisprudenziali sul tema che ci occupa.

<sup>7</sup> ... secondo quanto, peraltro, conferma la nota dottrina dell'atto chiaro.

eurounitario sospetto di essere stato leso; ed è proprio con riferimento ad essa che ho sempre letto (e qui pure confermo) il passo fedelmente trascritto da R. dalla pronunzia del 2017 a sostegno della sua ricostruzione e qui pure riferito.

4. (Segue) ... *e come non dargli modo, a seguito della pronunzia della Corte dell'Unione che abbia acclarato l'esistenza dell'antinomia, di avvalersi del suo potere-dovere di fare applicazione diretta della norma sovranazionale in vece di quella interna?*

Ammettendo, poi, che il giudice, proprio perché dubbioso circa la effettiva sussistenza di una congiunta violazione della Carta dell'Unione e della Costituzione, si orienti per il prioritario utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale e che riceva dalla Corte di giustizia una indicazione che avvalori sia la sussistenza dell'antinomia e sia il carattere *self executing* della norma eurounitaria in campo, potrebbe mai immaginarsi che non faccia senza indugio luogo alla sua applicazione in vece di quella interna con essa incompatibile? E ancora: non è forse vero che in ambito sovranazionale (al tempo in cui c'erano ancora le Comunità europee e poi con l'avvento dell'Unione<sup>8</sup>) non si è mai fatta distinzione tra le norme *self executing* a seconda della fonte da cui sono prodotte? Ecco perché ho dichiarato<sup>9</sup>, e qui confermo, che la deviazione dal solco dell'applicazione diretta, sia pure limitatamente alle norme della Carta dell'Unione (e, ovviamente, più ancora per quelle di diritto derivato ad esse "connesse"<sup>10</sup>), costituisca una violazione dell'art. 11 della Carta<sup>11</sup> che, in modo indistinto, offre – per la tesi ormai invalsa – "copertura" al canone dell'applicazione diretta quale forma più immediata e genuinamente espressiva della *primauté* del diritto (ieri comunitario ed oggi eurounitario sul diritto interno).

V'è un solo modo, a parer mio, per venire incontro alle aspettative sottese alla [269](#) e, perciò, introdurre un limite o una deroga al canone sovranazionale che impone la generalizzata applicazione – mi scuso per il bisticcio delle parole – dell'applicazione diretta; ed è di opporvi i "controlimiti", *sia pure limitatamente al caso ora discusso*, nell'assunto cioè che il ripristino della regola del sindacato accentrato sia un *passaggio obbligato* laddove ricorrano le condizioni per la sua affermazione indicate nella [269](#) (e poi anche nella [20](#)). Tuttavia, lo stesso giudice costituzionale non si è spinto fino a compiere questo passo, non ha cioè argomentato la deviazione dal solco tracciato per tutte le norme sovranazionali *self executing* facendo valere i "controlimiti" (se non altro – aggiungo – perché avrebbe delegittimato... *se stesso*, la propria giurisprudenza consolidatasi per decenni fino appunto all'avvento della [269](#)).

5. *Una insoluta aporia teorica di costruzione: a seconda della via (a stare all'ultima giurisprudenza costituzionale, liberamente) imboccata dal giudice, la medesima antinomia risulterebbe qualificata ricorrendo ora allo schema della "non applicazione" ed ora invece a quello della invalidità che porta all'annullamento della norma interna per mano del giudice delle leggi*

---

<sup>8</sup> Una notazione di sfuggita: lo stesso R. seguita di tanto in tanto a discorrere del presente utilizzando il lemma "comunitario", nelle sue varie declinazioni, del quale però non può ormai più farsi utilizzo, malgrado non sia stato espressamente adeguato il dettato costituzionale in cui esso ricorre, tuttavia da considerare implicitamente aggiornato.

<sup>9</sup> ... anche in scritti successivi a quelli presi in considerazione da R. ed elencati a 646, in nt. 15 [tra i quali, *La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici*, Intervento conclusivo del Seminario su *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 3/2019, 29 ottobre 2019, 10, e *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali*, Relazione al Convegno dell' AISDUE su *Costituzioni europee e primato del diritto dell'Unione europea*, Napoli 28-29 ottobre 2019, in *AISDUE*, sez. "Convegni annuali e interinali", n. 13, 31 ottobre 2019, 236 ss.].

<sup>10</sup> ... secondo la innovazione introdotta dalla [20](#), della quale – come puntualmente fa notare lo stesso R. (651 e nt. 34 per il richiamo ad un mio scritto) – sono stato involontario suggeritore.

<sup>11</sup> Una presa di posizione, questa, da R. giudicata "eccessiva" (654).

Piuttosto, v'è un punto di cruciale rilievo che desidero qui nuovamente mettere a fuoco con riguardo all'esito al quale è approdata l'ultima giurisprudenza, nella parte in cui rimette al giudice la scelta circa la via da imboccare, se quella che porta a Lussemburgo ovvero l'altra che conduce alla Consulta; e riguarda lo schema teorico col quale dare la più appropriata qualificazione dell'antinomia.

Sappiamo che, a seconda che quest'ultima riguardi, o no, norme *self executing* dell'Unione, si avrà rispettivamente il ricorso allo schema della "non applicazione" della norma interna accompagnata dall'applicazione diretta di quella sovranazionale ovvero il ricorso allo schema della invalidità che obbliga a portare l'antinomia stessa alla cognizione del giudice costituzionale. Così, perlomeno, stanno le cose in via generale. In altri luoghi ho manifestato riserve circa questo modo di vedere le cose faticando a comprendere come possa farsi un utilizzo a scomparsa dello schema della invalidità, posto che in ogni caso parrebbe comunque aversi, *dal punto di vista del nostro ordinamento*, una violazione seppur indiretta della Costituzione<sup>12</sup>. Di tutto ciò, ad ogni buon conto, non importa ora dire. Ciò che però conta è che nel caso nostro l'antinomia investe, in tesi, pur sempre norme *self executing*; il che equivale a dire che, a seconda della libera ed insindacabile scelta fatta dal giudice circa la via da imboccare, per la *medesima* specie di antinomia, una volta che sia accertata, potrà farsi valere ora lo schema della "non applicazione" della norma interna accompagnata dall'applicazione diretta della norma sovranazionale ed ora, di contro, quello della invalidità accompagnata dall'annullamento.

Mi chiedo però se quest'esito abbia senso; e seguito a pensare che la risposta negativa sia già nella domanda.

*6. La soluzione ottimale: pervenire all'annullamento con effetti erga omnes della norma interna, previa la sua "non applicazione" da parte del giudice comune*

Venendo al cuore della questione ora nuovamente discussa e riguardandola – come si diceva – dal punto di vista sia dell'uno che dell'altro ordinamento (e di *tutti* gli attori istituzionali sulla scena), credo che si possa convenire a riguardo del fatto che la soluzione ottimale sia quella di poter coniugare applicazione diretta della norma sovranazionale e annullamento della norma interna con essa incompatibile.

L'opportunità di non fare a meno del sindacato accentrato di costituzionalità è da R. ripetutamente e con incisivi rilievi sottolineata. Lo si fa con richiamo ad un pensiero di V. Onida (649) e lo si fa pure rimandando ad un contributo dello stesso R. sul tema<sup>13</sup> nel quale, tra l'altro, sono contenuti riferimenti anche ad orientamenti della stessa magistratura favorevoli al sindacato suddetto<sup>14</sup>. In

---

<sup>12</sup> È chiaro che diversamente stanno le cose *dal punto di vista dell'Unione*, alla quale nulla importa dello schema della fonte interposta e delle sue conseguenti, rigorose applicazioni.

<sup>13</sup> *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, I, 2229 ss., cit. a 653, in nt. 54.

<sup>14</sup> Quanto poi alle "reazioni" nei riguardi della [269](#) venute sia dalla Corte dell'Unione che dai giudici nazionali, da me ripetutamente denunciate, è opportuno qui fare alcune precisazioni.

Quanto all'una Corte, debbo fare ammenda per la parte in cui ho ripetutamente indicato, nelle mie riflessioni sul tema, [Global Starnet](#), quale decisione espressiva di implicita contestazione della [269](#): ha, infatti, pienamente ragione R. quando mi fa notare (a 652) che essa è stata scritta prima del deposito della decisione della Consulta, come pure è vero che un passo da me trascritto da [XC, YB, ZA c. Austria](#) è preso di peso dalla [Simmenthal](#); la qual cosa, nondimeno, rende eloquente testimonianza della coerenza mantenuta nel tempo dalla giurisprudenza sovranazionale, *anche dopo la 269* dunque.

Quanto, poi, agli orientamenti tenuti dalla magistratura comune, essi si presentano complessivamente assai articolati, talvolta peraltro di non velata contestazione [così, nella ordinanza di rimessione della Cassazione, II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, e in alcune nette prese di posizione della stessa Cassazione, sez. lav., nn. 12108 e 13678 del 2018, e spec. 10 gennaio 2019 (*Canestri c. ICCREA Banca*, ric. 2553-2014, pp. 47-48)]. Sento, ad ogni buon conto, di dover qui rinnovare il timore che taluni usi particolarmente incisivi e talora forzati della tecnica della interpretazione conforme si debbano all'intento di riconciliare – *costi quel che costi* – il dettato legislativo con quello della Costituzione e della stessa Carta dei diritti dell'Unione, al fine di non portare alla cognizione della Consulta quei casi di congiunta violazione dei parametri suddetti che è condizione per lo svolgimento del sindacato accentrato.

gioco, per un verso, è il complessivo mantenimento degli equilibri istituzionali, specificamente al piano dei rapporti tra giudici comuni e Corte delle leggi da un canto, giudici nazionali e Corte di giustizia dall'altro, e, per un altro verso, l'ottimale appagamento della certezza del diritto, quale solo può venire da pronunzie dotate di efficacia *erga omnes*. Nei miei scritti sul tema, fatti oggetto di uno scrupoloso vaglio critico da R., ho più volte dato atto che quest'ultimo bisogno in particolare va tenuto nel massimo conto. E, però, non minore attenzione va prestata anche all'altro di apprestare l'ottimale tutela ai diritti in gioco, messi sotto *stress* per il mero fatto della sussistenza dell'antinomia che va dunque risolta nel modo più rapido possibile e offrendo protezione – come si diceva – a tutte le aspettative in campo.

Il cumulo dei rimedi e la necessità di acquisire nel più breve tempo possibile le pronunzie di tutte le Corti sono – a me pare – i due obiettivi che devono essere congiuntamente centrati.

Continuo a considerare opportuno che, di norma, sia previamente interpellata la Corte dell'Unione<sup>15</sup>: non solo per la ragione, sopra enunciata, che fa riferimento alla sempre possibile sussistenza di un dubbio nutrito dal giudice circa il significato del parametro eurounitario del quale si sospetta la violazione e che è bene far sciogliere alla Corte dell'Unione, il solo giudice a ciò competente, ma anche per il fatto che, grazie alla pronunzia emessa dalla Corte stessa dietro rinvio pregiudiziale, il giudice nazionale è abilitato a (ed anzi, per dir meglio, *gli è imposto* di) far luogo all'immediata applicazione della norma sovranazionale in vece di quella interna. La qual cosa giova proprio al diritto di volta in volta evocato in campo dal caso, gli dà cioè quella pronta tutela che è insita nel meccanismo dell'applicazione diretta, allo stesso tempo dandosi modo alla *primauté* del diritto sovranazionale di potersi affermare nelle forme ed alle condizioni previste nel Trattato. È chiaro che il primato in parola può, poi, ancora meglio essere salvaguardato dalla rimozione con effetti *erga omnes* della norma interna che reca un *vulnus* al diritto sovranazionale. Ciò che, però, non può (e non deve), a mio modo di vedere, aver luogo a discapito del meccanismo istituzionalmente previsto dallo stesso Trattato per l'affermazione del primato.

In poche parole, *l'annullamento non può aversi a discapito dell'applicazione diretta*.

Sta proprio qui il punto di equilibrio al piano dei rapporti tra gli operatori di giustizia: la tecnica dell'applicazione diretta mette al riparo le competenze, in primo luogo, del giudice comune, cui compete la prima parola e, dunque, la formulazione del quesito alla Corte di giustizia; in secondo luogo, a quest'ultima cui solo spetta dare la retta interpretazione del parametro eurounitario; infine, la tecnica dell'annullamento salvaguarda il ruolo del giudice costituzionale, chiamato esso pure a sedersi al tavolo della partita e ad esprimere l'ultima parola<sup>16</sup>.

Ora, il bisogno di salvaguardare questo equilibrio è di cruciale rilievo proprio in relazione ai casi specificamente riguardanti il nostro studio, nei quali siano in gioco i diritti fondamentali. Proprio per

<sup>15</sup> Una sensibile dottrina [F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il “doppio rinvio”?*, in *Giur. cost.*, 2/2002, 781 ss.; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, 18, e cit. *ivi*, in nt. 53, di uno scritto di R.G. CONTI, del quale v., inoltre, ora *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia Insieme*, 4 marzo 2019, spec. § 4; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, 20 ss., nonché G. MARTINICO, *L'idea di “concorrenza” fra Corti nel diritto costituzionale europeo*, *paper* in vers. provv. illustrato all'incontro di studi su *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, Torino 17-18 ottobre 2019, spec. § 3] si è dichiarata favorevole alla simultanea proposizione delle due pregiudizialità da parte del giudice. E, tuttavia, a parte il fatto che la soluzione in parola non sembra porsi in linea con l'indicazione risultante dalla giurisprudenza costituzionale (allo stato attuale, nel senso della *preferenza* da accordare alla pregiudizialità costituzionale), è pressoché certo che le due Corti interpellate non si pronunzieranno contemporaneamente, con la conseguenza che sarà meramente casuale la scelta della tecnica di risoluzione delle antinomie che verrà messa in atto, essendo – come si sa – il giudice obbligato a dar seguito al verdetto emesso dalla Corte che si sia pronunziata per prima.

<sup>16</sup> Potrebbe, in realtà, aversi un ulteriore passaggio da Lussemburgo, ove il giudice delle leggi dovesse “esporre”, ancora prima di “opporre”, come ha fatto in *Taricco*, i “controlimiti” avverso la pronunzia della Corte dell'Unione, secondo quanto si dirà meglio a momenti [ho ragionato della messa in campo dei “controlimiti” in due tempi nel mio *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, Intervento al Seminario su *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Ferrara 24 febbraio 2017, Jovene, Napoli 2017, 393 ss., nonché in questa *Rivista, Studi 2017/I*, 81 ss.].

questi, infatti, la soluzione ottimale si rivela essere quella del doppio interpello delle Corti e della (eventuale) doppia sanzione.

Per il primo aspetto, consigliereerei di non sottovalutare un profilo sul quale ho più volte sollecitato l'attenzione<sup>17</sup>, vale a dire che accordandosi la precedenza alla pregiudizialità costituzionale si rischia di assistere ad un calo drastico dei rinvii pregiudiziali<sup>18</sup>, specificamente per il caso che la Corte definisca la questione con l'annullamento della norma interna in quanto lesiva del parametro costituzionale e faccia quindi luogo – come assai spesso fa – alla tecnica dell'assorbimento dei vizi per ciò che attiene alla (supposta) violazione di parametri esterni, quali quelli – per ciò che qui importa – della Carta di Nizza-Strasburgo e fonti ad essa connesse<sup>19</sup>. E non è inopportuno rammentare che il timore del calo suddetto è manifestato anche da studiosi che si riconoscono nell'orientamento inaugurato dalla [269](#)<sup>20</sup>.

Ebbene, la mia idea è che quanto più si apra il ventaglio del “dialogo” tra i giudici di ogni natura e ordinamento di appartenenza, tanto più ne avranno un guadagno i diritti, sia poi che convergano e sia pure che divergano i punti di vista dei giudici stessi, dal momento che per il fatto stesso di comunicare a vicenda aumentano le possibilità di riuscire a ricercare sintesi assiologicamente apprezzabili, sì da portare sempre più in alto la tutela dei diritti evocati in campo dai casi<sup>21</sup>.

Per il secondo aspetto, una volta acclarata l'esistenza dell'antinomia, come qui pure si è venuti dicendo, è opportuno a mio modo di vedere che si metta in atto, *preferibilmente* in prima battuta, la tecnica della “non applicazione”, sì da dare subito un ristoro al diritto leso, e, a seguire, si abbia l'annullamento della norma interna contraria alla norma sovranazionale<sup>22</sup>. Solo che – come sappiamo – una questione di costituzionalità può aversi unicamente *prima* che si faccia applicazione della norma oggetto della questione stessa, non *dopo* che il giudice sia andato oltre con il processo facendo

<sup>17</sup> Di recente, in *La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici*, cit., 12 s., e *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali*, cit., 238 s.

<sup>18</sup> E ciò, malgrado proprio di recente la Consulta si sia opportunamente attivata per l'esercizio del rinvio stesso ([ord. n. 117 del 2019](#)); com'è chiaro, però, non è la stessa cosa che l'attivazione diffusa nelle sedi in cui si amministra la giustizia comune, alla quale soltanto può far seguito l'implementazione parimenti diffusa della Carta di Nizza-Strasburgo e il suo ottimale radicamento in ambito interno.

<sup>19</sup> Ancora da ultimo, della tecnica in parola si è fatto utilizzo – come si sa – sul versante dei rapporti con la CEDU nella pronuncia di chiusura del caso *Cappato*, la [n. 242 del 2019](#), sulla quale ho ritenuto di dover manifestare riserve di ordine teorico [v., volendo, la mia nota dal titolo *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme*, 24 novembre 2019].

<sup>20</sup> V., part., G. SCACCIA, *Evoluzione o rivoluzione nei rapporti fra diritto nazionale e diritto dell'Unione Europea? A margine della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Il Processo*, 3/2018, 270 s., e C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, cit., 16 ss.

<sup>21</sup> Già solo per ciò, oltre che per altre ragioni che mi riservo di rappresentare in altro luogo, non condivido la dura presa di posizione di recente assunta da un'accreditata dottrina contraria alla ratifica dei protocolli 15 e, per quanto è qui di specifico interesse, 16 allegati alla CEDU (M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistema Penale*, 27 novembre 2019).

<sup>22</sup> ... sempre che, beninteso, né il giudice comune né lo stesso giudice costituzionale rilevino che sussistano le condizioni per la esposizione dei “controlimiti” (ipotesi, ovviamente, astrattamente configurabile ma francamente remota in relazione a norme sovranazionali volte a dare protezione ai diritti). È, poi, da mettere in conto la eventualità, sulla quale ho in altri luoghi richiamato l'attenzione, che, interpellata per prima la Corte dell'Unione ed esclusa l'antinomia con la norma sovranazionale, il giudice sospetti il superamento di un “controlimite” ovvero, attivata la pregiudizialità costituzionale, il superamento in parola sia rilevato *motu proprio* dalla Consulta che potrebbe subito dichiararlo ovvero (e preferibilmente) sollecitare la Corte dell'Unione a rivedere il proprio iniziale orientamento, secondo lo schema affermatosi in *Taricco*. Al di fuori di questa circostanza, non è dato, a mio modo di vedere, né al giudice comune né alla Consulta di discostarsi dall'interpretazione che del parametro eurounitario è data dalla Corte dell'Unione. L'unico limite astrattamente immaginabile alla *primauté* del diritto sovranazionale è infatti costituito dai... “controlimiti”. Diversamente stanno invece le cose – come si sa – sul versante dei rapporti con la CEDU, sempre che si tenga fermo il pur discusso (e, a mia opinione, discutibile) punto di diritto fissato da [Corte cost. n. 49 del 2015](#), sia pure con i temperamenti apportati dalla [sent. n. 43 del 2018](#), ammettendosi – com'è noto – eventuali scostamenti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che si presenti inesplicita di indirizzi “consolidati”.

applicazione diretta della norma dell'Unione. Perciò, a parer mio, la prospettazione del dubbio di costituzionalità, *che poi tale ormai più non è quanto meno con riguardo alla violazione della norma sovranazionale*<sup>23</sup>, può aversi, in deroga rispetto alla regola della rilevanza, solo se questa opportunità è offerta dal legislatore.

7. *L'opportunità d'istituire presso la Consulta una corsia preferenziale per le questioni di "costituzionalità-eurounitarietà"*

Ad ogni buon conto, sarebbe a mia opinione opportuno che, puntandosi ad assicurare a un tempo la certezza dei diritti costituzionali e la certezza del diritto in senso oggettivo, sia eurounitario che costituzionale, la decisione della Consulta si abbia – perlomeno fin dove possibile – a ridosso di quella del giudice comune (e, risalendo, della Corte dell'Unione). Insomma, come mi è venuto di dire in uno scritto recente<sup>24</sup>, non tenuto presente da R.<sup>25</sup>, la soluzione ideale è quella che porta ad accorciare fin dove possibile, anche per l'aspetto temporale, oltre che negli esiti, "non applicazione" e annullamento. La qual cosa può aversi istituendo una "corsia preferenziale" per i giudizi di "costituzionalità-eurounitarietà" aventi specificamente per oggetto antinomie coinvolgenti la Carta di Nizza-Strasburgo (e fonti ad essa "connesse"). Tanto più, poi, la soluzione qui nuovamente patrocinata s'impone, a mio modo di vedere, per il caso che, accedendo al punto di vista patrocinato dalla Consulta, il giudice comune dovesse accordare la priorità alla pregiudizialità costituzionale. Non è invero chi non veda che, ove una questione di costituzionalità "complessa", nella quale siano cioè evocati plurimi parametri (interni e sovranazionali) specificamente riguardanti i diritti, dovesse restare a lungo pendente, il pregiudizio per la certezza dei diritti e la certezza del diritto sarebbe comunque pressoché sicuro<sup>26</sup>.

Insomma e per chiudere, quale che sia la prospettiva adottata (dal punto di vista della Corte dell'Unione, dei giudici comuni, della Corte costituzionale), non ho dubbi che introdurre la corsia in parola non possa che rasserenare, per un verso, le relazioni tra gli operatori di giustizia, allentando eventuali tensioni tra gli stessi esistenti, e, per un altro verso (e per ciò che più importa), giovare tanto al primato della Carta di Nizza-Strasburgo e del diritto sovranazionale in genere quanto a quello della Costituzione.

---

<sup>23</sup> ... dal momento che solo la Corte dell'Unione è in grado di dare il retto significato del disposto sovranazionale, di certo né il giudice comune né la stessa Corte costituzionale, per quanto – come si è appena veduto – quest'ultima possa pur sempre sollecitare un ripensamento alla Corte sovranazionale.

<sup>24</sup> ... [Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di "costituzionalità-eurounitarietà"](#), in questa [Rivista, Studi 2019/III](#), 474 ss. Avevo già fatto un cenno alla tesi ivi prospettata nel mio [Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?](#), in questa [Rivista, Studi 2018/I](#), 161, in nt. 31, ma limitatamente ai casi di violazione di norme eurounitarie non *self executing*, oltre che di norme della CEDU.

<sup>25</sup> ... sicuramente in quanto venuto alla luce dopo la chiusura del suo lavoro, altrimenti non sarebbe sfuggito al suo occhio di lince.

<sup>26</sup> ... tanto più che in giudizi diversi da quello rimasto sospeso per effetto della presentazione della questione di costituzionalità potrebbe farsi ugualmente applicazione di norme la cui incostituzionalità sia successivamente acclarata con effetti alle volte poi materialmente e/o giuridicamente non sradicabili.



Giovanni Tulumello

**L'evoluzione della causa del provvedimento amministrativo di scelta del contraente, e le sue principali conseguenze ordinamentali: l'influsso del diritto UE sulla disciplina, sostanziale e processuale, dei contratti della pubblica amministrazione (anche a margine di [Corte cost., n. 271/2019](#))\*\***

SOMMARIO: 1. Breve premessa metodologica. – 2. La contrattualistica pubblica: un'affermazione, un'implicazione e un corollario. – 3. Le implicazioni normative e dogmatiche: evoluzione dell'interesse pubblico e della causa del potere, nella materia dei contratti della pubblica amministrazione, alla luce del diritto comunitario e delle trasformazioni della forma di Stato. – 4. I fattori distorsivi, le esigenze di trasparenza e il nuovo attributo funzionale del procedimento di evidenza pubblica. – 5. Dal contratto come neutro strumento di acquisizione di beni e servizi, al contratto come strumento – plurifunzionale – di politiche sociali. – 6. Le ricadute nell'ordinamento interno: 1) l'inquadramento costituzionale della materia: sue conseguenze non solo sul titolo di competenza legislativa, ma anche sul profilo causale dei provvedimenti amministrativi di scelta del contraente. – 7. *Segue*. I rimedi. – 7.1. Il diritto sostanziale. – 7.1.1. Il problema dell'autotutela (*rinvio*). – 7.1.2. La patologia negoziale: il collegamento fra causa e rimedi. – 7.2. Il diritto processuale: il percorso di "europeizzazione della giustizia amministrativa" e la recente [sentenza n. 271/2019 della Corte costituzionale](#). – 8. Le ricadute nell'ordinamento interno: 3) nuove incriminazioni, e bene-interesse tutelato. – 9. Conclusioni.

1. *Breve premessa metodologica.*

Il tema che mi è stato assegnato, peraltro ad apertura della prima giornata di un incontro di studi interdisciplinare sulla "*Tutela della spesa pubblica nel diritto nazionale e sovranazionale*", è molto ampio: "*Finanziamenti pubblici - Contratti e contatti con la p.a.: requisiti di accesso e criteri di scelta del contraente. Il sistema di gestione per la prevenzione della corruzione*".

Si pongono due alternative.

La prima è quella di riempire la traccia, nelle sue varie componenti, di contenuti normativi e giurisprudenziali in modo da rendere una *informazione* adeguata e quanto più possibile quantitativamente completa su tutti i singoli temi e sottotemi trattati.

La seconda, che nel tempo a mia disposizione cercherò di seguire, considerato anche e soprattutto il contesto di *formazione* in cui l'odierna riflessione si svolge, è quella di provare a ragionare sull'insieme, sulle categorie implicate dalla traccia, secondo l'insegnamento di quella attenta e rigorosa dottrina che ha di recente osservato che "*Non è più possibile dialogare (non solo fra pratici e teorici, ma spesso anche all'interno del territorio che si è soliti assegnare alla dottrina) se prima non si fa chiarezza sull'uso di talune categorie concettuali, dalle quali pure non è facile prescindere se non altro in forza del radicamento storico che ciascuna di esse sottende*"<sup>1</sup>.

Si tratterà poi di verificare se e come tale evoluzione categoriale produca conseguenze disciplinari nelle materie oggetto della odierna riflessione formativa (il diritto civile ed il diritto penale: ma anche, e prima ancora, l'inquadramento costituzionale).

Credo infatti che al di là del carattere apparentemente rassicurante (perché quantitativamente rilevante) della ricezione passiva di una acritica elencazione di norme e sentenze, il principale bisogno formativo di tutti noi sia quello di cogliere la chiave di lettura del sistema, che consenta un'applicazione critica e consapevole dell'apparato normativo, nella prospettiva – evocata dal tema dell'incontro – della tutela della spesa pubblica (nella sua attuale dimensione normativa e funzionale).

---

\*\* Lo scritto riproduce, con alcune integrazioni bibliografiche e giurisprudenziali, il testo della relazione sul tema "*Finanziamenti pubblici - Contratti e contatti con la p.a.: requisiti di accesso e criteri di scelta del contraente. Il sistema di gestione per la prevenzione della corruzione*", svolta il 20 settembre 2019 nell'ambito dell'incontro formativo per magistrati ordinari "*Tutela della spesa pubblica nel diritto nazionale e sovranazionale (in memoria di Rosario Livatino)*" tenutosi ad Agrigento per iniziativa della Scuola Superiore della magistratura – Struttura didattica territoriale dei distretti delle Corti di Appello di Palermo e di Caltanissetta.

<sup>1</sup> N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 5.

## 2. La contrattualistica pubblica: un'affermazione, un'implicazione e un corollario.

Scolpisce efficacemente la ragione stessa dei contratti della pubblica amministrazione quella dottrina che osserva come vi siano “*talune attività che non possono esser realizzate se non con lo strumento privatistico, come gli approvvigionamenti pubblici all'estero, la costruzione di grandi opere pubbliche, e simili*”<sup>2</sup>.

L'implicazione di tale affermazione è data dalla teoria delle esternalizzazioni, che un secolo fa poneva (soltanto) un problema di efficienza ed efficacia della spesa, e che nell'attuale momento storico, come meglio si osserverà in seguito, pone anche un problema di *concorrenza per il mercato*.

Il corollario, dato il riferito profilo causale della nozione di contratto della pubblica amministrazione, è che tutti i contratti della pubblica amministrazione sono sempre funzionali alla cura dell'interesse pubblico (di quale interesse pubblico, è questione anch'essa oggetto di evoluzione normativa), con evidenti conseguenze sul piano della teoria generale, e connesse ricadute disciplinari: “*comunque l'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici (ossia tutta l'attività che essa può porre in essere) è comunque attività amministrativa in senso proprio, soggetta a tutti ed esclusivamente i principi che reggono l'attività amministrativa; e ciò tanto se gli atti che alla fine vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimenti) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi)*”<sup>3</sup>.

## 3. Le implicazioni normative e dogmatiche: evoluzione dell'interesse pubblico e della causa del potere, nella materia dei contratti della pubblica amministrazione, alla luce del diritto comunitario e delle trasformazioni della forma di Stato.

Si ritiene oggi pressoché unanimemente che la *ratio* che ispira la vigente disciplina delle procedure di scelta del contraente sia profondamente mutata rispetto al passato<sup>4</sup>.

A ben vedere, le regole del procedimento di evidenza pubblica elaborate in pieno Stato liberale<sup>5</sup>, non risultano, almeno sul piano strutturale, sensibilmente diverse da quelle prodotte in una fase ormai matura dello Stato sociale pluriclasse, nella fase della codificazione di settore<sup>6</sup>, sotto l'influsso del diritto comunitario: le prime rappresentano anzi, con riferimento al profilo strutturale, l'archetipo delle seconde.

Sul piano funzionale il recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici ha tuttavia introdotto anche nel nostro ordinamento la tutela della concorrenza quale valore di riferimento della predetta disciplina.

In argomento la dottrina italiana ha visto fronteggiarsi più di una ipotesi ricostruttiva.

Secondo una prospettiva separazionista, le due normative, quella nazionale e quella comunitaria, mirerebbero al soddisfacimento di distinti interessi<sup>7</sup>, tanto che si è affermato che sarebbe mutata la

<sup>2</sup> M.S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, 996.

<sup>3</sup> F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, (Agg.) VI, 2002, 95.

<sup>4</sup> Per una attenta analisi ricostruttiva, H. SIMONETTI, *Il nuovo quadro normativo dei contratti pubblici. La dialettica tra diritto euro-unitario e nazionale, linee generali e singole tipologie*, in [Giustizia Amministrativa](#).

<sup>5</sup> Si pensi alla legislazione di contabilità dello Stato: r.d. 2440/1923, e relativo regolamento (r.d. 827/1924).

<sup>6</sup> N. IRTI, “*Codici di settore*”: *compimento della “decodificazione”*, in [Giustamm](#). Il riferimento è al codice dei contratti pubblici: d. lgs. 163/2006.

<sup>7</sup> E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, VIII ed., Milano, 2006, p. 96: “La previsione di modalità di scelta dei contraenti prefissate in via generale e astratta, conseguenza per così dire «naturale» cui conduce questo tipo di preoccupazione, è a ben vedere ampiamente conosciuta anche nel nostro ordinamento: tuttavia, la normativa comunitaria si caratterizza in ragione del fatto che la finalità preminente pare volta a garantire l'interesse concorrenziale dei potenziali contraenti, laddove nell'ordinamento nazionale sembra dominare l'interesse che sia operata la scelta del miglior soggetto in vista della finalità pubblica da soddisfare.”

causa del provvedimento (di scelta del contraente), con conseguente necessità di stabilire quale interesse prevalga (quello portato dalla normativa comunitaria o quello portato dalla normativa nazionale)<sup>8</sup>.

Su un diverso versante, peraltro strettamente connesso, si afferma che gli effetti della descritta evoluzione si estendono alla natura delle situazioni giuridiche soggettive degli interessati, ed al rapporto fra pubblica amministrazione e mercato<sup>9</sup>.

Una soluzione che riconduce ad unità il sistema è invece quella prospettata da chi afferma l'esistenza di una duplice accezione della libertà di concorrenza: come "*fattore ordinatore dell'economia*" e come "*diritto insopprimibile dei singoli*", con la conseguenza che l'interesse strumentale del privato nelle procedure di evidenza pubblica si fonda sul diritto di iniziativa economica<sup>10</sup>.

Si noti, poi, che il legame fra concorrenza e contratto è biunivoco, perché se è vero che la disciplina del contratto serve (anche) a tutelare la concorrenza, è anche vero che, almeno nella sua genesi storica, la "*regolamentazione della concorrenza nasce con lo scopo di tutelare la libertà di contratto (posto che, al punto di vista economico classico, la concorrenza si poneva come una sorta di derivazione logica della libertà contrattuale)*"<sup>11</sup>.

Quale che sia la ricostruzione preferibile, quel che conta è che l'interesse pubblico rilevante non è più soltanto quello della singola amministrazione stipulante, ma piuttosto quella della collettività a veder garantita, nel settore delle commesse pubbliche, una effettiva concorrenza fra le imprese, sia come estrinsecazione del diritto di iniziativa economica, che come strumento di efficienza del mercato, "*volto ad assicurare il benessere sociale*"<sup>12</sup>.

Quelle stesse regole di evidenza pubblica, o regole comunque fortemente affini sul piano strutturale, non rispondono più ad esigenze meramente contabilistiche, ma risultano funzionali ad un diverso interesse della collettività.

In fondo, il fenomeno non costituisce una tendenza evolutiva limitata ad uno specifico settore del diritto amministrativo, ma va inquadrato in una più vasta e complessa tematica che, nell'attuale momento storico, interessa il diritto pubblico generale: mentre nello Stato liberale la disciplina dei contratti dell'amministrazione rispondeva ad elementari e schematiche esigenze di cura nell'impiego delle risorse pubbliche, nell'attuale forma di Stato, caratterizzata dall'assunzione – da parte dei pubblici poteri - di compiti ulteriori di benessere sociale rispetto al precedente assetto, l'azione

---

<sup>8</sup> G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte generale, Milano, 1997, 587). Nella seconda edizione dell'opera (Milano, 2007, parte gen., tomo II, p. 974) il concetto è ulteriormente esplicitato: "Il riferimento agli appalti pubblici è pure significativo a proposito dell'interesse pubblico primario, che deve essere perseguito nelle relative procedure di affidamento. Perché è noto che, nella nostra tradizione, i procedimenti di c.d. evidenza pubblica hanno sempre assolto al precipuo compito di tentare di garantire all'ente pubblico la scelta del migliore offerente, sotto il profilo dell'affidabilità e della economicità: dunque, a garantire l'interesse proprio dell'amministrazione contraente, nel quale consisteva e si esauriva l'interesse pubblico regolatore della materia o, quanto meno, l'interesse pubblico primario. Viceversa, è altrettanto noto che la disciplina comunitaria muove da altre esigenze e che la copiosa normativa che ne è derivata si ispira ai canoni della libera prestazione dei servizi e della *par condicio* delle imprese comunitarie. Dunque, ad un diverso interesse pubblico primario, che talvolta risulta in posizione conflittuale con quello proprio dell'Amministrazione committente e di altri soggetti e pone non agevoli problemi di gerarchia e bilanciamento".

<sup>9</sup> A. ROMANO, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro It.*, 1999, I, 3222 e segg.

<sup>10</sup> C. VARRONE, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di V. Cerulli Irelli, Giappichelli, 2000, 33 e segg.

In giurisprudenza recepisce tale impostazione Consiglio di Stato, sez. V, decisione 13 novembre 2002, n. 6281, anche in relazione al coordinamento con la disposizione di cui all'art. 41 della Costituzione.

<sup>11</sup> F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 674.

<sup>12</sup> L. DI VIA, *L'invalidità del contratto – l'invalidità nei contratti tra imprenditori*, in AA.VV., *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. II, I ed., Padova, 1997, p. 746; sull'evoluzione della natura degli interessi pubblici indotta dal diritto comunitario, in specie nella direzione dell'interesse collettivo, S. GIACCHETTI, *Processo amministrativo e interesse generale*, in *Consiglio di Stato*, 10/2002, II, 1625, e G. CORSO, *Il diritto comunitario e le trasformazioni del diritto amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 10/2001, pp. 495 e segg., in specie p. 516.

dell'amministrazione mediante strumenti di diritto comune soggiace ad una funzionalizzazione ai nuovi valori assunti come rilevanti e, conseguentemente, risponde al perseguimento di obiettivi in parte diversi ed ulteriori.

Nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale<sup>13</sup>, e nella versione di quest'ultimo risultante dal recepimento della normativa di attuazione dei Trattati comunitari, la complessità funzionale che connota l'attività della pubblica amministrazione diretta all'acquisizione di beni e servizi fa sì che la relativa disciplina di evidenza pubblica non tuteli più solo gli interessi di un unico centro di imputazione: e che le regole del procedimento di evidenza pubblica non mirino soltanto ad un'efficiente allocazione della spesa.

Tale radicale mutamento di prospettiva non può non avere significative conseguenze disciplinari ai fini che qui interessano.

#### *4. I fattori distorsivi, le esigenze di trasparenza e il nuovo attributo funzionale del procedimento di evidenza pubblica.*

Il riferito percorso evolutivo ha posto serie questioni – specie in relazione ai profili della accelerazione delle procedure e dell'accentramento delle competenze in materia di disciplina dei lavori pubblici - legate all'impatto anche sociale della disciplina dei contratti della pubblica amministrazione<sup>14</sup>.

Si osserva in proposito in dottrina che *“Il tasso di politicità, l'elevata possibilità di condizionamenti esterni e l'assenza di un rischio economico paragonabile a quello degli operatori privati, rendono improbabile il naturale rispetto, da parte del soggetto pubblico, della logica imprenditoriale e delle*

---

<sup>13</sup> Nella misura in cui si presta adesione alla tesi per cui la tutela della concorrenza, prima ancora di essere affermata dal diritto comunitario, e di essere veicolata nella Costituzione dal nuovo testo dell'art. 117, fosse già ricavabile dall'art. 41 Cost., si può affermare che la modificazione della forma di Stato, nel senso indicato nel testo, rimonta allo statuto costituzionale dell'impresa (nella sua versione originaria), prima ancora che al regime comunitario dei rapporti fra imprese e fra imprese e Stati.

<sup>14</sup> Risultano tuttora di estrema attualità le considerazioni svolte da G. TORREGROSSA, *I principi fondamentali dell'appalto comunitario*, in *Rass. giur. en. el.*, 1992, alla vigilia dell'elaborazione della legge-quadro in materia di lavori pubblici, circa l'opportunità di un recupero della centralità statale nella realizzazione delle grandi infrastrutture, e nel contempo circa l'inopportunità di una esasperata accelerazione delle procedure: *“L'attuale clima di allarme sociale che l'intero Paese è costretto a vivere, per la ventata di sospetto che ha travolto le istituzioni democratiche, specie nel settore degli appalti pubblici, impone un approccio che non costituisca sfida alla fortuna, che può rappresentare anche sfida alle virtù (Machiavelli), troppo spesso delusa; un approccio finalizzato ad individuare, prima, e ad eliminare o correggere poi, gli effetti distorsivi di un sistema normativo la cui riforma è, per convinzione comune, improcrastinabile. Il raggiungimento dell'indicato obiettivo è indissolubilmente legato ad una premessa socio-economica ben precisa: quella di escludere che il sistema dei lavori pubblici possa costituire – sulla base di un male interpretato broccardo importato dai cugini d'oltralpe – un modello di sviluppo in grado di risolvere i problemi di occupazione del Paese. Occorre, invece, che prevalga la convinzione che il settore ha un valore strumentale, servente, rispetto a finalità che rappresentano gli obiettivi ultimi di politica economica e sociale. Da qui l'incongruenza di quegli argomenti che, puntando su vere o presunte necessità occupazionali, hanno determinato una alluvione di leggi di accelerazione delle procedure in materia di esecuzione delle opere pubbliche. Queste leggi, a cominciare dalla l. 291 del 1971, hanno avuto l'effetto di allentare, se non addirittura di scardinare, il sistema dei controlli che presidiavano la correttezza e la trasparenza delle Oo.pp. E' infatti solo sui tempi del controllo che si è potuto incidere per abbreviare il procedimento di realizzazione di un'opera pubblica, essendo tutti gli altri tempi scanditi dalla necessità della fase materiale di esecuzione. Paradossalmente, d'altro lato, questa normativa (che sorta per motivi di emergenza, si è trasformata in ordinaria), ha provocato la interminabilità delle opere pubbliche: a misura, cioè, che si sono accelerate le procedure, la fase della realizzazione delle Oo.pp. si è allungata, oppure si sono ottenuti risultati non aderenti alle previsioni. (...) La riforma, inoltre, sempre nella direzione di attuare una più incisiva presenza dello Stato in periferia (che non si manifesti solo nella militarizzazione di alcune regioni), deve riguardare l'eliminazione delle disposizioni della l. 291/71 che hanno attuato un decentramento delle competenze in materie tecniche in favore dei Comitati presso i Provveditorati delle Oo.pp. ed a danno del Consiglio Superiore dei ll.pp., che per tradizione, ma soprattutto per la sua composizione, rappresenta l'unico organo che può offrire, da un lato, garanzie di controllo sui progetti e, dall'altro lato, può fare emergere la responsabilità politica del Ministro (art. 95 Cost.), attualmente disseminata e polverizzata in organismi privi di autorità e, qualche volta, di natura estemporanea, come si verifica nella allarmante vicenda degli 'accordi di programma'”*.

*prescrizioni del mercato, che in primo luogo impongono la scelta del contraente più conveniente. (.....) L'amministrazione costituisce quindi un soggetto economico potenzialmente assai pericoloso nei confronti di una corretta concorrenza sui mercati e del rispetto della parità degli operatori interessati. Le condizioni di concorrenza sono allora create artificialmente in virtù dell'imposizione di una serie di regole quali la non discriminazione, l'indizione delle gare, la trasparenza delle operazioni concorsuali e così via*<sup>15</sup>.

La tensione della giurisprudenza comunitaria verso la tutela della concorrenza, peraltro, non è dettata da una concezione mercantile dell'ordinamento comunitario, legata alla tutela del diritto individuale d'impresa, ma da una visione che, all'opposto, intende l'effettiva concorrenza come strumento di efficienza del mercato: obiettivo, quest'ultimo, perseguito nell'ottica anche di interessi solidaristici e superindividuali, come quelli consumeristici.

In relazione al significato che la tutela della concorrenza assume nel contesto dell'attuale forma di Stato, si osserva, ad esempio, che *“Solidarietà e concorrenza hanno sempre più assunto anche per l'influenza delle norme del Trattato, il significato di valori-guida del nuovo Stato sociale. La concorrenza, la mano invisibile del mercato, una volta sottoposta a regole in grado di eliminare le forme gravi di approfittamento, è considerata il migliore viatico per lo sviluppo produttivo, da cui solo può discendere il benessere collettivo e la possibilità di realizzare il pieno sviluppo della persona, il suo affrancarsi dal bisogno, in un contesto retto dal principio della solidarietà sociale”*<sup>16</sup>.

Per altro verso, non trova riscontro – almeno sul piano sostanziale – l'accusa rivolta alla giurisprudenza comunitaria, di porre il valore della concorrenza al centro del sistema: in realtà potrebbe, diversamente, sostenersi che la Corte, nell'ambito della gerarchia dei valori ricavabile dalle fonti comunitarie, abbia anteposto la tutela della concorrenza rispetto a quella del diritto di proprietà (quanto ad alcune delle forme di raccordo con i pubblici poteri): non quale espressione di un diritto – quello dell'imprenditore - individuale (al pari di quello dominicale), ma proprio in quanto correlata ad un interesse collettivo e dunque superindividuale<sup>17</sup>.

A tale costruzione di un ordine gerarchico di valori sembra infatti da ricondurre quella giurisprudenza della Corte di Giustizia che afferma, ad esempio, il carattere recessivo della tutela della concorrenza allorché si ponga un problema di compatibilità fra questa e la tutela dell'ambiente<sup>18</sup>.

##### *5. Dal contratto come neutro strumento di acquisizione di beni e servizi, al contratto come strumento – plurifunzionale – di politiche sociali.*

---

<sup>15</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXI ed., a cura di F. Fracchia Milano, 2019, p. 111. L'affermazione è tanto più condivisibile, quanto più si consideri che già fra privati l'utilizzo degli strumenti dell'autonomia privata, e in particolare del contratto, è in grado di produrre un notevole impatto sull'assetto – concorrenziale o meno - del mercato, e dunque lo è, *a fortiori*, per le ragioni indicate dalla dottrina richiamata, il ricorso da parte della pubblica amministrazione a strumenti negoziali: in argomento F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., 674, ove il rilievo che “nei confronti del mercato, almeno alla luce della comune accezione del termine, l'autonomia privata si presenta, al contempo, come irrinunciabile forza motrice e come latente (ma neanche tanto) pericolo della sua paralisi”.

<sup>16</sup> C. VARRONE, *Stato sociale e giurisdizione sui 'diritti' del giudice amministrativo*, Napoli, 2001, 51; in argomento, per una ricostruzione delle tendenze giurisprudenziali relative alla specifica relazione fra concorrenza e interessi dei consumatori, A. ZITO, *Il difficile rapporto tra l'interesse del consumatore e la disciplina antitrust: storia di un paradosso in via di risoluzione*, in *Giustamm.*

<sup>17</sup> In argomento sia consentito il rinvio a E. CAVASINO – G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica della concorrenza*, *Giur. It.*, 2005, in specie § 9.

<sup>18</sup> Corte di Giustizia, sentenza 17 settembre 2002, in causa C-513/99, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 168, con nota di M. BROCCA, *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*. In argomento, G. GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. “ecologiche”*, in *Foro amm.vo-C.d.S.*, 2003, 3515.

Come si è accennato, pur in un ordinamento giuridico di origine e impostazione mercantile come quello comunitario<sup>19</sup>, anche la stessa tutela della concorrenza, sulla quale sembra essere imperniato il sistema delle relazioni sociali regolate dal Trattato, risulta in realtà essere un valore non assoluto, ma che entra in comparazione con le complesse istanze di un sistema fondamentalmente pluralista, e in particolare con il principio di solidarietà, come si ricava dall'analisi del confronto fra il valore della concorrenza e la sussistenza, da un lato, della contrattazione collettiva e della pratica della concertazione<sup>20</sup>; e, dall'altro, di monopoli previdenziali nazionali<sup>21</sup>.

La conseguenza di tale percorso è data dalle direttive comunitarie di seconda e terza generazione in materia di appalti pubblici, da ultimo recepite nel nostro ordinamento con il d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Come mera enunciazione, data la vastità del tema e l'impossibilità (come accennato in premessa) di una trattazione esaustiva, si consideri che numerosi sono gli istituti dai quali traspare la rilevanza di interessi metaeconomici nella definizione sia dei requisiti di partecipazione alla gara, che delle regole di aggiudicazione.

Si pensi alla tematica dei cc.dd. appalti verdi<sup>22</sup>, alla normativa di tutela del lavoro (costo degli oneri per la sicurezza, regolarità contributiva e previdenziale delle imprese), nonché alla lotta alla criminalità organizzata e alla connessa esigenza di escludere dal circuito della contrattualistica pubblica le imprese in qualche modo suscettibili di condizionamenti da parte di questa<sup>23</sup>.

*6. Le ricadute nell'ordinamento interno: 1) l'inquadramento costituzionale della materia: sue conseguenze non solo sul titolo di competenza legislativa, ma anche sul profilo causale dei provvedimenti amministrativi di scelta del contraente.*

Una prima conseguenza ha riguardato l'inquadramento costituzionale della materia, anche a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione, che ha comportato l'inserimento nel testo costituzionale della "tutela della concorrenza" fra le materie di competenza statale esclusiva.

La Corte costituzionale nella [sentenza n. 14 del 2004](#), occupandosi del significato della nuova previsione costituzionale, ha affermato che *"Dal punto di vista del diritto interno, la nozione di concorrenza non può non riflettere quella operante in ambito comunitario, che comprende interventi regolativi, la disciplina antitrust e misure destinate a promuovere un mercato aperto e in libera concorrenza"*<sup>24</sup>; nella successiva [sentenza n. 272 del 2004](#) ha quindi precisato – a proposito della

---

<sup>19</sup> Sulle conseguenze anche lessicali della progressiva evoluzione degli obiettivi della Comunità europea - da quelli di tipo puramente economico a quelli di natura ambientale e sociale - conseguente alle modifiche apportate nel tempo al Trattato istitutivo, v. L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, pp. 2/3, ove il rilievo che *"L'accresciuto peso di obiettivi non meramente economici è stato giudicato tale da giustificare il mutamento stesso dell'originaria denominazione della Comunità. Con il TUE, quest'ultima è infatti diventata semplicemente 'Comunità europea', e non più 'Comunità economica europea'"*.

<sup>20</sup> L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali. Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Napoli, 2004.

<sup>21</sup> S. GIUBBONI, *Solidarietà e concorrenza: "conflitto" o "concorso"?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2004, 75.

<sup>22</sup> Sui *green public procurements* si rinvia al portale dedicato della Commissione europea: [http://ec.europa.eu/environment/gpp/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm).

<sup>23</sup> Sul coordinamento normativo fra disciplina del contrasto alla criminalità organizzata e disciplina dei contratti pubblici, da ultimo R. DE NICTOLIS, *Le novità sui contratti pubblici recate dal D.L. n. 32/2019 "sblocca cantieri"*, in *Urb. e App.*, n. 4/2019, pp. 443 e ss., in specie pp. 463 e ss.

<sup>24</sup> Specifica quindi la [sentenza n. 14/2004](#) che *"Quando l'art. 117, secondo comma, lettera e), affida alla potestà legislativa esclusiva statale la tutela della concorrenza, non intende certo limitarne la portata ad una sola delle sue declinazioni di significato. Al contrario, proprio l'aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza, la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie e, appunto, la tutela della concorrenza, rende palese che quest'ultima costituisce una delle leve della politica economica statale e pertanto non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che*

disciplina del servizio pubblico locale - che rientrano nel medesimo ambito disciplinare le normative “che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti - come quelli relativi al *regime delle gare* o delle *modalità di gestione e conferimento dei servizi* - i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali”<sup>25</sup>.

L'art. 2, primo comma, del Codice dei contratti pubblici (d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50) recepisce le richiamate indicazioni della giurisprudenza costituzionale, precisando che “le disposizioni contenute nel presente codice sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto”.

Si tratta, come era stato osservato in relazione alla disciplina portata dall'abrogato d. lgs. 163/2006, di profili disciplinari in parte riconducibili alla c.d. concorrenza in senso statico (o “concorrenza nel mercato”), relativi a misure protettive libertà di concorrenza, e in parte afferenti la nozione di concorrenza in senso dinamico (o “concorrenza per il mercato”), relativi a misure procompetitive<sup>26</sup>.

Tanto la giurisprudenza costituzionale, che il legislatore, tendono dunque ad attribuire rilevanza non alla materia “appalti” in quanto tale (non menzionata dal novellato testo costituzionale non perché implicitamente attribuita alla competenza residuale delle regioni, ma perché non costituente una materia vera e propria nel rinnovato disegno del riparto di competenze), ma piuttosto alla connotazione funzionale dell'attività amministrativa e negoziale che ruota intorno alla disciplina degli appalti pubblici: con ciò recuperando in qualche modo, in relazione all'intero settore delle commesse pubbliche, la distinzione teorica, formulata dalla dottrina a proposito degli appalti di lavori pubblici, fra l' *attività* (di lavoro pubblico), e l'*oggetto* di quell'attività (l'opera pubblica)<sup>27</sup>.

Si recupera, inoltre, mediante il carattere trasversale del titolo di competenza legislativa rappresentato dalla “tutela della concorrenza” nella materia degli appalti pubblici, la distinzione che corre tra *campo di materia* e *modo di disciplina* (come emerge chiaramente dalla [sentenza n. 272 del 2004](#), la materia dei servizi pubblici locali è, in quanto tale, di competenza legislativa regionale, ma il modo di disciplina della stessa relativo alle gare, involge competenze esclusive statali afferenti la concorrenza).

---

giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali.”

<sup>25</sup> Circa il livello di analiticità della disciplina delle gare rientrante nel richiamato titolo competenziale, la sentenza 272/2004 chiarisce che la tutela degli aspetti concorrenziali inerenti alla gara, appare sufficientemente garantita “dalla puntuale indicazione (...) di una serie di standard - coerenti con quelli contenuti nella direttiva 2004/18/CE - nel cui rispetto la gara appunto deve essere indetta ed aggiudicata”.

Sotto altro profilo la sentenza 272/2004 ha affermato che “A questo proposito la Commissione europea, nel “Libro Verde sui servizi di interesse generale” (COM-2003-270) del 21 maggio 2003, ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, dopo aver precisato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura “non economica”. Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di “rilevanza economica”, ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale. Alla luce di queste considerazioni, l'intervento del censurato art. 14, comma 2, sulla disciplina della gestione dei servizi pubblici locali “privi di rilevanza economica”, di cui all'art. 113-bis del citato testo unico, non può essere certo riferito ad esigenze di tutela della libertà di concorrenza e quindi, sotto questo profilo, si configura come illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale.”

Sulla disciplina dei servizi pubblici locali, si vedano altresì le [sentenze della Corte costituzionale n. 29/2006](#) e [n. 80/2006](#).

<sup>26</sup> In argomento, A CELOTTO, *Gli appalti pubblici tra competenze statali e competenze regionali. Primi spunti*, in [Giustamm.](#)

<sup>27</sup> M.A. CARNEVALE VENCHI, *Opere pubbliche (ordinamento)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 332 e segg.; sulla distinzione fra la nozione di *opera pubblica* e quella di *infrastruttura*, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, II ed., Bologna, 1985, 54.

Ancora, la Corte costituzionale ha affermato che la disciplina della revisione prezzi nel settore degli appalti pubblici risponde “*ad in interesse unitario, afferendo a scelte legislative di carattere generale che implicano ‘valutazioni politiche e riflessi finanziari, che non tollerano discipline differenziate nel territorio’ (sentenza n. 308 del 1993)*”<sup>28</sup>.

I superiori principi sono stati quindi sostanzialmente ribaditi dalla [sentenza n. 401 del 2007](#), con la quale la Corte costituzionale si è occupata della legittimità costituzionale del (riparto di competenze introdotto dal) Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006)<sup>29</sup>.

L’indagine operata dalla giurisprudenza costituzionale ha riguardo all’individuazione degli esatti titoli di competenza del legislatore statale in determinate materie: in proposito, la tutela della concorrenza è stata ritenuta “trasversale”, in quanto non coincidente con uno specifico ambito materiale, ma piuttosto orientata al perseguimento di un obiettivo, implicante l’intervento del legislatore in più di un ambito materiale.

Tuttavia, dalla giurisprudenza costituzionale è dato trarre significative indicazioni in merito al contenuto della tutela della concorrenza nel nostro ordinamento, valide anche al fine di identificare le corrispondenti funzioni amministrative, e soprattutto la morfologia e la natura dell’interesse pubblico sottostante.

In questo senso, la causa del provvedimento di scelta del contraente, intesa come la funzione stessa degli atti del procedimento di evidenza pubblica, ne risulta fortemente condizionata.

In diritto amministrativo, anche per effetto di una prospettiva d’indagine che solitamente muove dal confronto (i termini di compatibilità/incompatibilità) con la corrispondente nozione civilistica, l’elemento causale è riferito tradizionalmente alle forme di traduzione in atto del potere, più che al potere in quanto tale<sup>30</sup>.

Il dibattito sembra però, come accennato, condizionato negativamente dal confronto con la nozione di causa negoziale, e soprattutto dalla conseguente considerazione dell’elemento volitivo.

---

<sup>28</sup> [Corte costituzionale, sentenza n. 447 del 2006](#).

<sup>29</sup> In argomento, A. CELOTTO, *La “legge di Kirschmann” non si applica al codice degli appalti (in margine alla sent. n. 401 del 2007 della Corte costituzionale)*, in [Giustamm](#); e G. CORSO – G. FARES, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*, in *Foro It.*, 2008, I, 1799.

Nella [sentenza 401/2007](#), la Corte costituzionale ha in particolare sottolineato come: “le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006, per la molteplicità degli interessi perseguiti e degli oggetti implicati, non siano riferibili ad un unico ambito materiale. Questa Corte ha già avuto modo di affermare che i lavori pubblici «non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell’oggetto al quale afferiscono» e pertanto possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali o regionali ([sentenza numero 303 del 2003](#)). Non è, dunque, configurabile né una materia relativa ai lavori pubblici nazionali, né tantomeno un ambito materiale afferente al settore dei lavori pubblici di interesse regionale. Tali affermazioni non valgono soltanto per i contratti di appalto di lavori, ma sono estensibili all’intera attività contrattuale della pubblica amministrazione che non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un’attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica. Ne consegue che i problemi di costituzionalità sollevati dalle ricorrenti devono essere esaminati in rapporto al contenuto precettivo delle singole disposizioni impugnate, al fine di stabilire quali siano gli ambiti materiali in cui esse trovano collocazione. Ancora in via preliminare, appare opportuno precisare – alla luce delle osservazioni sin qui svolte – che non è possibile tracciare una netta linea di demarcazione che faccia unicamente perno sul profilo soggettivo, distinguendo le procedure di gara indette da amministrazioni statali da quelle poste in essere da amministrazioni regionali o sub-regionali, per inferirne che solo le prime sarebbero di spettanza statale, mentre le seconde rientrerebbero nell’ambito della potestà legislativa regionale. La perimetrazione delle sfere materiali di competenza non può, infatti, essere determinata avendo riguardo esclusivamente alla natura del soggetto che indice la gara o al quale è riferibile quel determinato bene o servizio, in quanto, come già sottolineato, occorre fare riferimento, invece, al contenuto delle norme censurate al fine di inquadrarlo negli ambiti materiali indicati dall’art. 117 Cost.”

<sup>30</sup> Così G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I – Principi generali, VIII ed., Milano, 1958, 247 e segg., il quale affermava la necessaria inclusione della causa fra gli elementi essenziali di ogni provvedimento amministrativo, individuando – anche al di là della categoria degli atti costituenti “dichiarazioni di volontà” – il “*fine specifico*” di ogni categoria di atti come la “*causa giuridica*” della stessa. Nella dottrina più recente si afferma che “è la *discrezionalità amministrativa, e non la causa, la nozione che serve ad illuminare il rapporto tra interesse pubblico e provvedimento, nozione specifica del diritto amministrativo e pertanto in grado di tenere conto in maniera adeguata delle peculiarità proprie di tale diritto e in specie della natura funzionale dell’attività amministrativa globalmente intesa*” (R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 227). Per una efficace ed argomentata critica alle tesi contrarie alla ipotizzabilità di una nozione di causa del provvedimento amministrativo, N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 37 e segg.



La stessa dottrina civilistica negli studi più recenti ha tuttavia chiarito i termini della dialettica fra dimensione soggettiva e dimensione oggettiva della causa del contratto, fra il suo guardare al “prima” (come “funzione valutabile a priori”) e al “dopo” (come “sintesi degli effetti”), e sottolineando l’unitarietà della nozione di causa, svincolata da una logica atomistica riferita alla singola obbligazione<sup>31</sup>.

Se l’attenzione è dunque al risultato dell’operazione contrattuale complessivamente intesa, nella materia in esame la causa del singolo provvedimento della fase di evidenza pubblica, e in specie di quello terminale che condiziona la capacità dell’amministrazione di stipulare (l’aggiudicazione), è in realtà l’attributo funzionale del potere di cui quel provvedimento è espressione: preordinato all’attuazione di un assetto concreto la cui funzione è complessa (compendiando il risultato economico del singolo spostamento di ricchezza, con la conformità di esso alla dinamica concorrenziale).

Ciò che appare certo è che l’interprete, nella ricostruzione del sistema, e dei singoli istituti, è vincolato dalle indicazioni e dai condizionamenti rivenienti dalla qualificazione costituzionale e comunitaria della materia dei contratti della pubblica amministrazione.

In questo senso da ultimo, la Corte costituzionale nella [sentenza n. 166/2019](#) ha ulteriormente ribadito che *“le disposizioni del codice dei contratti pubblici regolanti le procedure di gara sono riconducibili alla materia della tutela della concorrenza; esse inoltre vanno ascritte all’area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell’Italia all’Unione europea (sentenze n. 263 del 2016, n. 187 e n. 36 del 2013, n. 74 del 2012, n. 328, n. 184 e n. 114 del 2011, n. 221 e n. 45 del 2010). Le disposizioni dello stesso codice che regolano gli aspetti privatistici della conclusione ed esecuzione del contratto sono riconducibili all’ordinamento civile (sentenze n. 176 del 2018 e n. 269 del 2014); esse, poi, recano principi dell’ordinamento giuridico della Repubblica (sentenze n. 269 del 2014 e n. 187 del 2013) e norme fondamentali di riforma economico-sociale (sentenze n. 74 del 2012, n. 114 del 2011 e n. 221 del 2010). Le considerazioni che precedono, espresse nella vigenza del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), devono essere confermate anche in relazione al d. lgs. n. 50 del 2016 (d’ora in avanti: nuovo codice dei contratti pubblici), che ne ha preso il posto, in attuazione della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 (Deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture).”*

## 7. Segue. I rimedi

Le ricadute nell’ordinamento interno della richiamata evoluzione investono, sul versante del diritto interno, anzitutto il profilo dei rimedi: sia nel campo del diritto sostanziale, che in materia processuale.

### 7.1. Il diritto sostanziale

Sul piano del diritto sostanziale l’inquadramento che si è finora tentato di definire si riverbera per un verso – con riferimento alla funzionalizzazione del contratto agli interessi della collettività, portati dall’amministrazione - sulla possibilità per l’amministrazione di esercitare i propri poteri di autotutela – anche in un’ottica di tutela della spesa pubblica: si pensi alla giurisprudenza sulla revoca

---

<sup>31</sup> N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 166 e segg.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3 - Il Contratto*, II ed., Milano, 2000, 447 e segg.; G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 52 e segg.

dell'aggiudicazione - sull'atto terminale dalla fase dell'evidenza pubblica, nonostante il rapporto sia ormai retto dal successivo negozio (con il problema, conseguente, degli effetti che l'esercizio di tali poteri produce su tale negozio).

L'evoluzione della causa del provvedimento di scelta del contraente ha poi determinato un ripensamento critico proprio di quest'ultima questione, vale a dire delle conseguenze sul contratto dell'annullamento (giurisdizionale, o in autotutela) dell'aggiudicazione.

#### 7.1.1. *Il problema dell'autotutela (rinvio).*

Il problema dell'autotutela sui rapporti negoziali, apparentemente inconciliabile con il principio di impegnatività del contratto, si pone proprio perché il nesso di strumentalità, rispetto all'interesse pubblico, dell'assetto d'interessi fissato dal contratto, non si esaurisce al momento della stipula: si tratta di una questione annosa ed ampia, che non può essere esposta compiutamente in questa sede, e in merito alla quale si rinvia ad una precedente ricostruzione, recentemente aggiornata<sup>32</sup>.

#### 7.1.2. *La patologia negoziale: il collegamento fra causa e rimedi.*

La qualificazione dello stato patologico che affligge il contratto stipulato in forza di provvedimento illegittimo, va ricercata individuando anzitutto l'interesse leso dall'illegittimità del provvedimento con il quale la pubblica amministrazione si sia determinata a regolare un dato assetto d'interessi mediante uno strumento negoziale, e collegando conseguentemente ad esso la sanzione che l'ordinamento pone a presidio della sua tutela<sup>33</sup>.

Il mutamento – nel senso, profondo, che si è segnalato – della causa del provvedimento amministrativo di scelta del contraente, in relazione alle ricadute sull'assetto del mercato dell'attività contrattuale dell'amministrazione, non può non riverberarsi in qualche modo anche sulla disciplina del contratto, posto che non può disconoscersi l'esistenza di un "rapporto di naturale contiguità fra regole del mercato e disciplina del contratto"<sup>34</sup>.

In quest'ottica, il primo quesito da porsi è, allora, quello teso ad individuare le ragioni della ritenuta inadeguatezza della tesi dell'annullabilità, che a lungo ha dominato in giurisprudenza.

La giurisprudenza più recente pone l'accento sulla insufficiente tutela in tal modo accordata al concorrente illegittimamente escluso o pretermesso: notazione senz'altro condivisibile, ma che logicamente si colloca a valle rispetto all'analisi della compatibilità del descritto meccanismo di tutela con l'assetto di interessi disegnato dal legislatore.

In altre parole, è bensì vero che la sanzione dell'annullamento, ad istanza della (sola) parte nel cui interesse è prevista la causa d'invalidità, vanifica le iniziative di tutela giurisdizionale del controinteressato, ma è altrettanto vero che questo connotato risponde ad un assetto d'interessi caratterizzato dalla funzionalizzazione delle regole dell'evidenza pubblica alla massimizzazione dell'interesse di una delle parti (affinché l'amministrazione stipuli alle migliori condizioni): il contratto come strumento al servizio dell'interesse proprio dell'amministrazione stipulante (e non dell'interesse della collettività), tanto che il rilevato difetto di tutela del terzo non ha impedito all'orientamento in esame di dominare la scena della giurisprudenza per un lungo arco di tempo.

---

<sup>32</sup> G. TULUMELLO, voce *Il recesso dai contratti della P.A.*, in *Codice dell'azione amministrativa* diretto da M.A. Sandulli, II ed., Milano, Giuffrè, 2017.

<sup>33</sup> Per un inquadramento della questione, anche nell'ottica della ricognizione dei principali contributi dottrinali e giurisprudenziali in argomento, sia consentito il rinvio a G. TULUMELLO, *Vizi del procedimento di evidenza pubblica e regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro Amm.vo-Consiglio di Stato*, 2003, 3320; ID., *Il dialogo fra i Melii e gli Ateniesi: il modello di tutela processuale degli interessi legittimi, e la disciplina dei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione, nel confronto fra le giurisdizioni (riflessioni sulle recenti tendenze del diritto amministrativo)*, in *Foro Amm.vo-TAR*, 2008, 2310 e ss.; in giurisprudenza T.A.R. Sicilia - Palermo, II sez., sentenza 23 giugno 2003, n. 1050, in *Rass. Amm.va Siciliana*, n. 3/2003, p. 813.

<sup>34</sup> F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, cit., 673.

La riferita evoluzione della causa del potere di scelta del contraente, sotto l'influsso del diritto comunitario e della trasformazione della forma di Stato, non può non avere conseguenze sul piano degli strumenti e delle tecniche di tutela: l'annullabilità, sanzione appropriata in un contesto di tendenziale monofunzionalità della disciplina dell'evidenza pubblica, e di conseguente unidirezionalità della relativa tutela (essendo tutelato l'interesse legittimo del partecipante alla gara solo quale posizione indiretta e strumentale), non è più in grado di adeguatamente ed efficacemente presidiare gli ulteriori – e preminenti – interessi propri non più soltanto dell'amministrazione stipulante, ma degli imprenditori concorrenti e dell'intera collettività.

L'irruzione del valore della tutela della concorrenza, inteso nella sua duplice componente (privatistica e pubblicistica) sopra richiamata, ha prodotto – consequenzialmente - significativi effetti sul piano degli strumenti di tutela, anche alla luce del rapporto – sottolineato dalla più attenta dottrina civilistica – fra scelta di tipo macroeconomico (in favore del regime di libera concorrenza del mercato unico) delineata dal legislatore comunitario, e le forme d'invalidità negoziale (nullità di pieno diritto delle intese e delle operazioni di concentrazione) poste dal Trattato a presidio di tale modello ed a sanzione degli atti di autonomia privata da esso difformi<sup>35</sup>.

La nullità negoziale diviene così, per il diritto comunitario, “*strumento di controllo normativo per non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con il valore fondamentale della concorrenza*”<sup>36</sup>: tanto che “*l'art. 82.1 del Trattato Ce (già art. 85.1), oltre a prevedere la nullità di pieno diritto che colpisce quegli accordi nei quali si sostanzia l'infrazione, è stabilita anche la nullità di contratti o clausole negoziali che, senza essere direttamente contrari al suindicato articolo, rappresentano la messa in opera di una violazione delle norme antitrust.*”<sup>37</sup>.

A proposito del rapporto fra le possibili forme di tutela, va poi osservato che la stessa possibilità – riconosciuta ai singoli Stati dalla direttiva 89/665/CEE – di escludere il risarcimento in forma specifica in caso di violazione della disciplina sugli appalti<sup>38</sup>, è stata oggetto di considerazione critica

---

<sup>35</sup> L. DI VIA, *L'invalidità del contratto – l'invalidità nei contratti tra imprenditori*, in AA.VV., *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. II, I ed., Padova, 1997, 740 e segg. e in specie 742: “Le fattispecie negoziali che deviano dal modello concorrenziale risultano sanzionate in maniera assoluta attraverso la nullità di pieno diritto. Viene, in tal modo, creata una stretta interdipendenza tra le scelte politico-economiche di fondo compiute dal legislatore e i singoli comportamenti degli imprenditori che agiscono sul mercato comunitario.”; in argomento, sul regime di nullità degli accordi anticoncorrenziali, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, II ed., Padova, 2001, p. 564.

<sup>36</sup> L. DI VIA, *L'invalidità del contratto*, cit., p. 753.

<sup>37</sup> F. SEBASTIO, *I negozi vincolati in diritto civile e in diritto antitrust*, in *Giust. civ.* 2004, 11, 2756 e ss.: “Il principio va collegato con le regole di diritto interno relative alla nullità dei contratti, con riferimento particolare a quelle concernenti i vizi del consenso o della illiceità dell'oggetto o della causa. Nel diritto italiano è affermato il principio secondo cui la nullità del negozio principale si ripercuote con pari effetto sul negozio accessorio, purché entrambi siano tra di loro «in inscindibile rapporto di collegamento funzionale» (34).

La Corte di giustizia ha stabilito il principio secondo il quale spetterebbe ai giudici nazionali la valutazione se sia il caso o meno ed in che misura, talune pratiche abusive di una società di gestione dei diritti d'autore si possano ripercuotere sugli interessi degli autori o dei terzi interessati, affinché si possano trarre le conseguenze sulla validità e sugli effetti dei contratti conclusi con questi ultimi (35). Sulla base dei principi espressi dai giudici comunitari, i giudici nazionali, quindi, applicano le regole del proprio ordinamento giuridico e non il diritto comunitario (36).

La considerazione unitaria delle fattispecie previste dall'art. 2 l. n. 287, cit. rappresenta un dato oramai acquisito nell'esperienza comunitaria; infatti, è stato affermato che «le distinzioni tra accordi, decisioni e pratiche concordate non sono chiaramente delineabili; i vari tipi di azione formano un continuum con similari conseguenze anticoncorrenziali che vanno trattate alla stessa stregua. Ciò corrisponde alla realtà economica in quanto molti tipi di collusione implicano elementi di accordi, decisioni e pratiche concordate»; la Commissione Ce ritiene tendenzialmente sufficiente nei casi complessi la prova di una combinazione di accordi e pratiche concordate che hanno portato ad una collusione istituzionalizzata e sistematica, e non cerca di distinguere tra loro”.

<sup>38</sup> L'art. 2, n. 6, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, 33), prevede all'art. 2, n. 6 che «Gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione dell'appalto sono determinati dal diritto nazionale. Inoltre, salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione».

da parte della giurisprudenza comunitaria, nel senso di escludere che l'indicata previsione possa incidere sull'obbligo, per l'amministrazione nazionale, di rimuovere il contratto stipulato in violazione della normativa comunitaria<sup>39</sup>.

L'accertamento dell'illegittimità comunitaria della procedura di aggiudicazione pone dunque a carico dell'amministrazione nazionale committente, in quel sistema normativo, un obbligo di rimozione del contratto, parrebbe nelle forme della risoluzione: sembrerebbe così potersi ricavare la conclusione che, ove il contratto non sia radicalmente nullo in base al diritto interno, lo stesso debba essere comunque rimosso.

L'eventuale limitazione della tutela giurisdizionale del terzo, illegittimamente escluso o pretermesso, nel senso della esclusione della tutela in forma specifica, troverebbe così una compensazione nell'obbligo, per l'amministrazione, di rimuovere in autotutela il negozio.

La riferita ricostruzione del quadro normativo, consapevole delle implicazioni che il diritto comunitario comporta sul terreno delle forme di invalidità negoziale conseguenti a violazioni della disciplina della concorrenza, sposta notevolmente il baricentro dell'assetto normativo degli interessi coinvolti nella fattispecie di contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima<sup>40</sup>.

Del resto, è noto che per il diritto comunitario l'efficacia diretta dei "divieti contenuti negli artt. 81 e 82 del Trattato"<sup>41</sup> si manifesta anche nel senso che il contratto, quando risulti essere lo strumento di una restrizione del gioco della concorrenza, genera una fattispecie di responsabilità che può essere fatta valere anche da quella delle parti del contratto medesimo che si sia determinata a stipulare in

---

<sup>39</sup> Corte di Giustizia, sez. II, Sentenza 18 luglio 2007, procedimento C-503/04, Commissione c. Germania:

"31. *La Repubblica federale di Germania, sostenuta dalla Repubblica francese, dal Regno dei Paesi Bassi e dalla Repubblica di Finlandia, fa valere tuttavia che l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, che permette agli Stati membri di prevedere nella loro legislazione che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione di un appalto pubblico, la proposizione di un ricorso può dar luogo soltanto alla concessione di un risarcimento danni, escludendo così ogni possibilità di risoluzione di detto contratto, si oppone a che la constatazione di un inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE con riferimento a un tale contratto comporti l'obbligo di risoluzione dello stesso. Secondo questi Stati membri, vi ostano ugualmente i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, il principio pacta sunt servanda, il diritto fondamentale di proprietà, l'art. 295 CE nonché la giurisprudenza della Corte sulla limitazione degli effetti di una sentenza nel tempo.*

32. *Tali argomenti non possono tuttavia trovare accoglimento.*

33. *Relativamente, innanzi tutto, all'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, la Corte ha già dichiarato che, benché detta disposizione autorizzi gli Stati membri a mantenere gli effetti di contratti conclusi in violazione delle direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici e tuteli così il legittimo affidamento dei contraenti, essa, tuttavia, non può, salvo ridurre la portata delle disposizioni del Trattato CE che istituiscono il mercato interno, avere come conseguenza che il comportamento delle amministrazioni aggiudicatrici nei confronti dei terzi debba essere considerato conforme al diritto comunitario successivamente alla conclusione di tali contratti (sentenza 10 aprile 2003, Commissione/Germania, cit., punto 39).*

34. *Orbene, se l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, non incide sull'applicazione dell'art. 226 CE, esso non può nemmeno incidere sull'applicazione dell'art. 228 CE, pena, in una situazione come quella del presente caso, la riduzione della portata delle disposizioni del Trattato CE che istituiscono il mercato interno.*

35. *Peraltro, l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665, la quale ha per oggetto di garantire l'esistenza, in tutti gli Stati membri, di mezzi di ricorso efficaci in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto, al fine di garantire l'applicazione effettiva delle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (sentenza 12 dicembre 2002, causa C 470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I 11617, punto 71), riguarda, come risulta dal suo tenore letterale, il risarcimento che una persona lesa da una violazione commessa da un'amministrazione aggiudicatrice può ottenere da quest'ultima. Orbene, in ragione della sua specificità, questa disposizione non può essere considerata tale da regolare anche il rapporto tra uno Stato membro e la Commissione, rapporto che rientra nell'ambito degli artt. 226 CE e 228 CE."*

<sup>40</sup> Se, infatti, la nullità è "indice del giudizio di meritevolezza degli interessi programmati dalle parti rispetto ai valori perseguiti dalla comunità, con la conseguenza che l'ordinamento lo utilizza per negare la propria garanzia a programmazioni di interessi difformi dai suoi valori fondamentali" (R. TOMMASINI, *Nullità*, voce dell'*Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 866), la tesi dell'inefficacia proposta in giurisprudenza non sembra trovare corrispondenza in una disciplina decisamente più sbilanciata, anche nella scelta della sanzione negoziale, a favore della tutela del valore della concorrenza, rispetto alla tutela degli interessi antagonisti (quale quello alla certezza ed alla stabilità dei rapporti giuridici).

<sup>41</sup> L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, 183.

conseguenza della condizione di inferiorità determinata dallo squilibrio economico del rapporto<sup>42</sup>.

Stabilire se tutto ciò sia un bene o un male, in termini di equilibrio delle tutele, o se rappresenti una manifestazione di quello che – in relazione a certi arresti della giurisprudenza comunitaria – è stato definito “un fondamentalismo sommamente inquietante”, che “nega in radice di prendere in considerazione qualsiasi altro interesse pubblico degno di protezione che non sia quello vincolato alla concorrenza d’impresa”<sup>43</sup>, costituisce l’oggetto di un giudizio di valore che segue, e non precede, l’individuazione e la qualificazione del regime negoziale conseguente all’annullamento dell’aggiudicazione del contratto stipulato in violazione della normativa comunitaria (primaria o derivata), ovvero della normativa interna di recepimento.

I percorsi della dottrina e della giurisprudenza sembrano dominati dall’esigenza di qualificare e sistematizzare il collegamento che lega il contratto, quale forma di esercizio dell’autonomia privata delle parti stipulanti, ed il provvedimento amministrativo, *lato sensu* legittimante la stipula, come atto dei pubblici poteri solitamente inteso – in quest’ottica – quale elemento della fattispecie necessario a rimuovere un ostacolo all’esercizio della capacità di diritto privato degli enti pubblici.

Così impostato il problema, tutte le ricostruzioni fin qui esaminate – annullabilità, nullità, inefficacia – possono apparire parimenti plausibili sul piano teorico.

Il riferito sforzo ricostruttivo sembra però prescindere dal dato che, in realtà, nelle fattispecie considerate - appalti pubblici di lavori, servizi o forniture - non di un qualsiasi contratto si tratta, ma di un contratto stipulato dalla pubblica amministrazione per assicurarsi (e per assicurare alla collettività) beni o servizi, e dunque di un contratto volto a soddisfare un interesse pubblico<sup>44</sup>.

La valorizzazione di tale profilo è alla base del ripensamento dello statuto giuridico dell’attività privatistica dell’amministrazione, fondato su argomenti da tempo sostenuti da parte della dottrina<sup>45</sup>, anche nell’ottica della costruzione di uno statuto unitario dell’attività – funzionale e negoziale – della pubblica amministrazione, incentrato sull’elemento comune della finalizzazione al perseguimento dell’interesse pubblico<sup>46</sup>: elemento che, come si è visto, costituisce comunque un limite alla generale

---

<sup>42</sup> Corte di Giustizia CE, 20 settembre 2001, nel procedimento C-453/99, caso *Courage*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 785, con nota di A. DI MAJO, *Il risarcimento da adempimento del contratto*.

<sup>43</sup> T. RAMON FERNANDEZ, *La sentenza della Corte giust. 12 luglio 2001 ed il suo impatto nell’ordinamento urbanistico spagnolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 1194.

<sup>44</sup> Fra i civilisti questa notazione è già alla base del contributo di L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988 (ma ed. provvisoria, 1979), il quale osserva (79-80) come l’indagine del civilista “non può appagarsi (...) della semplice constatazione che la cerniera tra provvedimento e negozio è realizzata attraverso il condizionamento dell’efficacia del secondo in regione delle vicende giuridiche del primo (...), giacché attraverso il contratto volto al perseguimento di un fine pubblico (ad esempio, un appalto di opere pubbliche) l’amministrazione “non si limita a realizzare generici interessi di natura patrimoniale in funzione strumentale rispetto al perseguimento dei suoi fini istituzionali (ipotesi, quest’ultima, nella quale lo schema dell’evidenza pubblica assume, allora sì, rango soltanto formale, e quindi rilevanza limitata alla sola efficacia della fattispecie costitutiva del rapporto), ma realizza invece i propri specifici fini istituzionali (...): ora, proprio in tale tipo di ipotesi la rilevanza della funzione pubblica, pur non escludendo quella del carattere privatistico della prestazione caratterizzante, non si esaurisce nell’impiego degli strumenti formali (deliberazione, gara, approvazioni, controlli, impegni di spesa, etc.), più o meno direttamente inerenti alla fattispecie costitutiva del rapporto, bensì proietta i suoi riflessi, anche indipendentemente dalle conseguenze dei condizionamenti della validità ed efficacia del fatto costitutivo, sulla disciplina sostanziale del rapporto”.

<sup>45</sup> G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Genova*, 1966, 147; F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e “contrattazione”*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1485; G. TORREGROSSA, *La capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e la disciplina degli appalti pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 55; ID., *L’opera pubblica fra leasing e concessione di costruzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 329 (in specie pp. 333/335); L. V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, cit.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

<sup>46</sup> F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, aggiornam., vol. VI, Milano, 2002, pp. 75 e segg., in specie pp. 93/98; ID., *Autorità e consenso*, relazione al XLVII Convegno di Studi di scienza dell’amministrazione, in AA.VV., *Autorità e consenso nell’attività amministrativa*, Milano, 2002, pp. 21/48, in specie p. 43, ove l’affermazione secondo la quale “in tutti gli atti consensuali, siano essi necessari o eventuali, il potere che l’amministrazione esercita è sempre potere amministrativo, mai (almeno in linea di principio, e fatte salve eventuali situazioni speciali, o, meglio, eccezionali) un potere libero, qualificabile (a pieno titolo) come autonomia privata”.

capacità di diritto privato della pubblica amministrazione, in relazione alla definizione dell' *“area delle capacità dell'ente pubblico che può compiere gli atti – e solo quelli – che gli sono esplicitamente o implicitamente permessi”*<sup>47</sup>.

Il richiamo alla (limitata) capacità privatistica dell'amministrazione, non ha, in questi termini, il valore – formale – che ad esso è stato attribuito dalla costruzione giurisprudenziale che ha qualificato in termini di annullabilità lo stato patologico del contratto stipulato in forza di provvedimento illegittimo, ma si riverbera – sul piano sostanziale – nella considerazione che la *“realizzazione dello scopo istituzionale specificamente inerente al soggetto pubblico agente”* rileva *“come componente intrinseca della stessa funzione del negozio, e non anche come semplice momento funzionale degli atti provvedimentali presupposti, consequenziali o comunque connessi al negozio: se si vuole, quindi, come componente della causa di certe particolari figure di contratti della p.a. che, senza assurgere al rango di contratti ad oggetto pubblico, e restando invece qualificati da prestazioni caratterizzanti di tipo giusprivatistico, come quelle dell'appalto, si contraddistinguono non solo per l'inquadramento nello schema formale dell'evidenza pubblica, esattamente ritenuto suscettibile di applicazione anche ad altre ipotesi, ma anche per il peculiare modo di atteggiarsi dell'aspetto funzionale”*<sup>48</sup>.

Nel momento in cui si riconosce che la causa del provvedimento di scelta del contraente ha riguardo non già alla stipula di un qualsiasi contratto avente un determinato contenuto, ma di un contratto conforme alle regole poste a presidio di valori ora non più meramente contabilistici, tale connotazione non può non riflettersi sulla sottostante causa negoziale, che si identifica con una più complessa – e connessa - funzione economico-sociale.

Il mutamento della causa del potere amministrativo di scelta del contraente (intesa – come accennato – come *“componente intrinseca della stessa funzione del negozio”*), ed il connesso mutamento del *modus operandi* dell'amministrazione contraente, si riverberano così sulla causa negoziale, contribuendo a qualificarla in termini di ragione di tutela di valori (anche) superindividuali, cui il contratto concluso dalla pubblica amministrazione è finalizzato: in quest'ottica, dunque, il contratto non è più soltanto un mezzo che consente all'amministrazione di procurarsi beni o di erogare servizi alla collettività, ma uno *“strumento a plurimo impiego, assolvendo esso, a fianco a quella tradizionale di manifestazione dell'autonomia privata e di autoregolamentazione, alla funzione di mezzo per il perseguimento di interessi superindividuali”*<sup>49</sup>.

Se tale ultima affermazione è predicabile per i contratti fra privati, lo è ancor più per i contratti della pubblica amministrazione, nella consapevolezza del rinnovato connotato funzionale impresso alla categoria (che la affranca dall'asfittico di ruolo, appunto, di mero strumento di acquisizione di beni e servizi).

Alla stregua dei superiori rilievi sembra difficilmente condivisibile l'affermazione secondo la quale *“nei contratti ad evidenza pubblica gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie*

<sup>47</sup> G. TORREGROSSA, *La capacità di diritto privato degli enti pubblici economici e la disciplina degli appalti pubblici*, cit., 53.

<sup>48</sup> L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, cit., 81.

Questo collegamento fra il profilo della capacità e quello della causa negoziale chiarisce in che modo l'evidenza pubblica giochi sul contratto un ruolo sostanziale, tale evidentemente da implicare un condizionamento in termini di validità dello strumento negoziale.

La tesi della nullità si radica dunque, oltre che per il ricorrere dello schema del negozio illegale, anche quale conseguenza del vizio della causa in relazione alla teorica del vincolo di scopo quale limite alla capacità negoziale della pubblica amministrazione: il requisito della causa, forse meglio dell'istituto della presupposizione, si presta a coniugare l'autonomia negoziale con la necessaria funzionalizzazione dell'azione amministrativa, sicché il mancato perseguimento delle finalità pubblicistiche cui è preordinata per legge una certa azione amministrativa ben può determinare una deficienza funzionale e con essa la nullità del contratto.

<sup>49</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XII ed. Napoli, 2006, 780. Sull'attenuazione del *“carattere individualistico”* del contratto, e sulla *“preminenza degli interessi generali sugli interessi particolari”* in materia contrattuale, già F. MESSINEO, voce *“Contratto- (Diritto privato- Teoria generale)”*; in *Enc. Dir.*, Vol. IX, Milano, 1961, p. 795, ove l'affermazione seguente: *“Che il contratto sia unicamente il mezzo per il conseguimento di finalità individuali, sembra impostazione dogmatica da abbandonare, in presenza di numerosi fatti nuovi, ai quali oggi assistiamo”*.

*privatistica sono indipendenti quanto alla validità; i primi condizionano, però, l'efficacia dei secondi, di modo che il contratto diviene ab origine inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa*<sup>50</sup>.

Il collegamento fra le due serie di atti è intrinsecamente ed inevitabilmente fondato su regole di validità.

Il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, in sede di scelta del contraente, costituisce dunque la necessaria garanzia della tutela dei valori, presidiati da norme imperative, cui è preordinata l'attività di diritto privato dell'amministrazione: l'accertamento della deviazione da tali regole, in sede di annullamento del provvedimento di aggiudicazione (od equipollente), non pare pertanto poter eludere un giudizio di validità del contratto: anche sotto il profilo della possibile inesistenza della causa negoziale, correttamente intesa<sup>51</sup>.

La considerazione che l'attuale sistema normativo pone l'interesse – superindividuale – della concorrenza al centro della disciplina dei contratti della pubblica amministrazione, dovrebbe indurre a considerare, in ipotesi di accertata violazione di tale disciplina, che la sanzione civilistica posta a presidio di siffatto interesse è la nullità negoziale (per violazione di norme imperative, poste a presidio di interessi superindividuali)<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Consiglio di Stato, sentenza n. 6666/2003. In realtà, come chiarito nel testo, tutta una serie di argomenti, di diritto positivo e di teoria generale, milita proprio nel senso di costruire la fattispecie negoziale pubblica in chiave sostanzialmente unitaria, sotto il profilo degli interessi tutelati e del giudizio di validità del risultato finale, pur nel permanere della diversità formale delle due fasi (quella procedimentale e quella negoziale in senso proprio), cui corrispondono due piani d'interesse diversi, uno dei quali risulta propedeutico rispetto all'altro: appare riduttivo relegare sul terreno della mera (in)efficacia una fattispecie complessa caratterizzata da una simile connessione funzionale.

In particolare, una adeguata considerazione dell'inquadramento sistematico dell'inefficacia negoziale definitiva, cui si è fatto cenno in precedenza, impedisce di trarre argomenti in tal senso dalla disciplina del collegamento negoziale (così, invece, Consiglio di Stato, VI sezione, decisione 2332/2003, cit.), figura che si caratterizza per la rilevanza di un interesse negoziale relativo ad una complessa operazione economica, ma alla quale è del tutto estranea la cura di un interesse pubblico legittimante l'operazione medesima.

Tale, figura, in ogni caso, non offre - sul piano della teoria generale - gli spunti invocati per escludere un condizionamento rilevante in termini di validità.

Secondo la decisione 2332/2003, infatti, "anche nel diritto civile, in virtù del nesso inscindibile di connessione che avvince contratti (e, più in generale, negozi) collegati in via necessaria, la perdita di efficacia di uno dei contratti, per effetto di una patologia ovvero di una causa originaria o sopravvenuta che ne recida gli effetti, non ingenera una ipotesi di invalidità degli altri contratti (o dell'altro contratto) ma innesca un fenomeno di perdita di efficacia di una fattispecie pattizia che non può sopravvivere orfana delle altre tessere del mosaico negoziale".

Contro tale affermazione sta però il rilievo che "il collegamento funzionale comporta l'unitarietà dell'interesse globalmente perseguito (...). La distinzione fra contratto unico e più contratti collegati ha di massima un'importanza ridotta proprio per l'unitarietà funzionale dell'operazione che contraddistingue il collegamento negoziale. Ai contratti collegati si applicano pertanto le regole della nullità parziale, per cui l'invalidità di un contratto può comportare l'invalidità degli altri che ad essi sono collegati (...)" (C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il Contratto*, cit., p. 484).

Per questo, e solo per questo, i due contratti, per dirla con la decisione 2332, *simul stabunt, simul cadent*.

<sup>51</sup> Tutto ciò prescinde da questioni che, in quest'ambito, seppure presentino un indubbio interesse sul piano ermeneutico, rischiano di apparire come meramente terminologiche o puramente nominalistiche – se eccessivamente enfatizzate – quanto alle conseguenze ultime del ragionamento: si può non convenire con la tesi della limitata capacità di diritto privato della pubblica amministrazione, ma anche l'opposta tesi della capacità generale difficilmente priva del riferito valore sostanziale-funzionale il collegamento fra provvedimento e contratto; essendo comunque le forme dell'agire (negoziale) dell'amministrazione tipiche e vincolate alla preventiva verifica del rispetto degli interessi collettivi che l'ordinamento assume come legittimanti il ricorso da parte della pubblica amministrazione allo strumento privatistico.

La giurisprudenza ha mostrato, in passato, di fare riferimento alla tesi della capacità limitata: la già citata decisione n. 6281 del 13 novembre 2002 della V sez. del Consiglio di Stato, ha infatti affermato che le modifiche apportate dall'amministrazione, in sede di approvazione, al contratto, configurano una "violazione delle norme imperative e non derogabili sulla capacità contrattuale dell'Ente (...)", e che "nella ipotesi considerate, non sussistendo una capacità di diritto privato, liberamente esplicabile da parte della p.a., trattasi pur sempre di esercizio illegittimo della funzione amministrativa, che trasmoda in nullità del regolamento di interessi posto in essere al di fuori e senza la prescritta osservanza delle regole dell'evidenza pubblica (...).

<sup>52</sup> Quanto sostenuto nel testo sconta ovviamente l'eccesso di semplificazione categoriale volutamente impresso all'analisi in funzione della delimitazione materiale della stessa: non va infatti dimenticato che, ad un livello di approfondimento appena poco più che superficiale, emerge che l'attuale disciplina dell'invalidità negoziale presenta, quale

Gli artt. 121, 122 e 124 del codice del processo amministrativo descrivono come “inefficacia” la conseguenza sul contratto dell’illegittimità dell’atto terminale della fase dell’evidenza pubblica (per violazione delle relative disposizioni).

Si tratta però di una nozione che non qualifica una specifica forma di invalidità, ma che ha una valenza puramente descrittiva degli effetti della (irrisolta) patologia negoziale<sup>53</sup>.

Il legislatore non ha dunque inteso prendere posizione sulla questione della qualificazione sostanziale della forma di invalidità, limitandosi a stabilire – in ossequio al disposto della direttiva – la disciplina degli effetti della violazione, ed individuando nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la sede competente a conoscere della “dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione” [art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, cod. proc. amm.]: va infatti ricordato che la precedente dialettica giurisprudenziale aveva indagato il tema dell’invalidità negoziale nella prospettiva della soluzione di un problema di riparto, sicché risolta normativamente tale questione è parso sufficiente al legislatore – in un’ottica di politica del diritto – limitarsi a dar conto del regime degli effetti della patologia negoziale, senza sciogliere il nodo dell’opzione qualificatoria.

*7.2. Il diritto processuale: il percorso di “europeizzazione della giustizia amministrativa” e la recente [sentenza n. 271/2019 della Corte costituzionale](#)*

Il recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti ha inciso anche sulla disciplina della tutela processuale delle situazioni giuridiche soggettive implicate dal procedimento di evidenza pubblica.

Ad onta della tralatizia affermazione dell’autonomia processuale degli Stati membri, la materia dei contratti della pubblica amministrazione è stata – forse più di altre - interessata da un fenomeno di *europeizzazione della giustizia amministrativa*<sup>54</sup>.

Qualcosa di analogo, in relazione ad istituti almeno in parte affini a quelli oggetto della dialettica che ha interessato e sta interessando la materia di contratti pubblici (la decorrenza del termine per impugnare rispetto alla conoscenza del provvedimento, e l’effettività della tutela in termini di effetto non solo caducatorio della pronuncia giurisdizionale), è infatti accaduto in sede di applicazione delle direttive comunitarie in materia di tutela ambientale<sup>55</sup>.

In linea generale, e dunque non settoriale, il condizionamento sovranazionale del diritto processuale interno risulta poi ulteriormente caratterizzato dall’adeguamento al sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali<sup>56</sup>.

---

effetto “*della frantumazione della figura del contratto*”, (...) “*lo stemperarsi della distinzione fra nullità e annullabilità*” (N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 182 e segg., ove il rilievo che “*la disciplina dei rimedi non solo si è venuta disarticolando in una varietà di ipotesi, ma soprattutto non risulta più dettata in funzione della struttura dell’atto, valutata in rapporto al modo di porsi dei c.d. requisiti del contratto, ma viene invece volta a volta prevista in funzione sia della natura dell’operazione economica sia della qualità dei soggetti che stipulano il contratto*”). Nondimeno, proprio la considerazione di tale relativismo dovrebbe ulteriormente rafforzare, per le considerazioni esposte nel testo, il convincimento che in materia di contratti della pubblica amministrazione la deviazione dalle regole di scelta del contraente non possa efficacemente rimediata che dalla figura della nullità, e dal relativo regime.

<sup>53</sup> In argomento sia consentito il rinvio a G. TULUMELLO, *La parabola del provvedimento e quella del contratto*, Testo della relazione pronunciata l’11 aprile 2008 presso l’Università degli Studi di Palermo – Scuola Dottorale Internazionale di diritto ed economia “Tullio Ascarelli”, nell’ambito del ciclo di seminari del Dottorato di ricerca in diritto privato generale e diritto dell’impresa, in [Giustamm.](#)

<sup>54</sup> Per riprendere la felice espressione che dà il titolo al volume di M. ELIANTONIO, *Europeanisation of Administrative Justice?*, Europa Law Publishing, 2009.

<sup>55</sup> In relazione ai due temi indicati nel testo si vedano, rispettivamente, Corte di Giustizia UE, Prima Sezione, sentenza 7 novembre 2019 in causa C-280/18; e Corte di Giustizia UE, Prima Sezione, sentenza 3 ottobre 2019 in causa C-197/18.

<sup>56</sup> In argomento, da ultimo: C. FELIZIANI, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2019, pp. 758 e ss.; e L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2019, pp. 731 e ss.



Nell'ambito di tale, generale fenomeno il modello di tutela processuale dell'interesse legittimo proconcorrenziale si segnala per il fatto di essere stato strutturato nel diritto interno in funzione delle concrete finalità del sistema rimediabile individuate in sede comunitaria: con oscillazioni, anche radicali, fra la preminenza delle regole di responsabilità ed il ritorno alla centralità delle regole di validità<sup>57</sup>.

La disciplina attualmente contenuta nel codice del processo amministrativo (artt. 119/125) ha ora lo scopo di anticipare il problema indagato nel paragrafo precedente, evitando che vengano stipulati contratti sui quali possano aversi ricadute di possibili vizi dell'ammissione alla gara o dell'aggiudicazione.

Si tratta di un assetto impresso dalle direttive comunitarie di ultima generazione.

Nel bilanciamento fra istanze di tutela giurisdizionale ed esigenze di celerità delle procedure di gara, il legislatore italiano non ha mancato, tuttavia, di intervenire anche oltre tale schema, proponendo, in assenza di una specifica esigenza di adeguamento al diritto UE (ed anzi in possibile contrasto con esso), un *“nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la res controversa della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda”*<sup>58</sup>.

Si tratta di un istituto, figlio – nell'ambito del bilanciamento che si è indicato - di un'impostazione di politica del diritto mirata a *“definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte”*<sup>59</sup>, che pur avendo avuto vita relativamente breve (esattamente un triennio) non ha mancato di suscitare forti perplessità e riserve circa la sua compatibilità con i caratteri del sistema italiano di giustizia amministrativa, soprattutto in relazione alla categoria dell'interesse a ricorrere, e dubbi di compatibilità sia con la Costituzione che con il diritto comunitario<sup>60</sup>.

Questi ultimi sono stati fugati dalla Corte di Giustizia con l'apposizione di una serie di condizioni, funzionali soprattutto a garantire la previsione, come contrappeso rispetto all'onere di immediata impugnazione, di una adeguata e tempestiva conoscenza degli atti divenuti per valutazione normativa immediatamente lesivi<sup>61</sup>.

La Corte costituzionale è pervenuta a conclusioni analoghe, ma all'esito di un ragionamento più ampio, aperto anche (in ragione dei profili caratterizzanti la questione dedotta) alla considerazione degli aspetti sistematici: il che ne accresce l'importanza e l'interesse ben al di là dell'oggetto specifico della questione medesima e della stessa materia dei contratti pubblici (anche in considerazione del fatto che la Corte si è pronunciata su norme ormai abrogate, ma con affermazioni di enorme rilevanza per questioni ancora sul tappeto)<sup>62</sup>.

L'argomentazione della Corte muove dalla chiara – ed utile – riaffermazione di un principio: *“Non vi è dubbio che, alla luce degli invocati parametri costituzionali, la giurisdizione amministrativa, nelle controversie tra amministrati e pubblico potere, sia primariamente rivolta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e solo mediamente al ripristino della legalità dell'azione amministrativa, legalità che pertanto può e deve essere processualmente perseguita entro e non oltre il perimetro dato dalle esigenze di tutela giurisdizionale dei cittadini”*.

---

<sup>57</sup> In argomento G. TULUMELLO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione: dalle regole di validità alle regole di responsabilità, e ritorno*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, Giuffrè, 2011, 509 e segg., al quale si rinvia per i necessari approfondimenti.

<sup>58</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 14 marzo 2017, n. 1059. Si tratta del c.d. rito super accelerato in materia di ammissioni ed esclusioni delle imprese alle (e dalle) gare, disciplinato dai commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 cod. proc. amm.: inseriti dall'art. 204, comma 1, lett. b) e d), d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ed abrogati dall'art. 1, comma 22, lett. a), del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla L. 14 giugno 2019, n. 55.

<sup>59</sup> Consiglio di Stato, Adunanza della commissione speciale, parere n. 855 del 1° aprile 2016.

<sup>60</sup> In argomento, M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e 'precontenziosa' nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it); L. BERTONAZZI, *Abrogazione del rito c.d. super speciale di cui all'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, c.p.a.*, in *Dir. Proc. Amm.vo*, 3/2019, pp. 1041 e ss.

<sup>61</sup> Corte di giustizia, quarta sezione, ordinanza del 14 febbraio 2019, in causa C-54/18, Cooperativa Animazione Valdocco Soc. coop. soc. Impresa Sociale Onlus.

<sup>62</sup> [Corte costituzionale, sentenza 13 dicembre 2019, n. 271](https://www.cortecostituzionale.it/decisions/13-dicembre-2019-n-271).

Escludendo che un siffatto modello di tutela processuale abbia introdotto “una giurisdizione di tipo oggettivo volta a tutelare in via esclusiva o prioritaria l’interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di affidamento”, la sentenza 271 afferma con chiarezza che “se è vero che gli artt. 24, 103 e 113 Cost., in linea con le acquisizioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato, hanno posto al centro della giurisdizione amministrativa l’interesse sostanziale al bene della vita, deve anche riconoscersi che attribuire rilevanza, in casi particolari, ad interessi strumentali può comportare un ampliamento della tutela attraverso una sua anticipazione e non è distonico rispetto ai ricordati precetti costituzionali, sempre che sussista un solido collegamento con l’interesse finale e non si tratti di un espediente per garantire la legalità in sé dell’azione amministrativa, anche al costo di alterare l’equilibrio del rapporto tra le parti proprio dei processi a carattere dispositivo”<sup>63</sup>.

Quest’ultimo monito della Corte assume un rilievo assai significativo.

La condizione implicita perché la legittimazione processuale dell’interesse strumentale risulti conforme al modello di tutela degli’interessi legittimi disegnato dalla Costituzione, è l’assenza del rischio di un abuso della categoria: accertamento che, evidentemente, potrebbe essere precluso in concreto al giudice comune, chiamato a (dover) fare applicazione della disposizione che ammette tale legittimazione.

Il riferimento sembra chiaro ed evidente.

Le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici oltre al descritto modello rimediabile, basato sulla preminenza della tutela fornita dal rispetto delle regole di validità, imporrebbero infatti, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, un approccio all’ordine di esame dei ricorsi diverso rispetto a quello suggerito dalle caratteristiche del sistema italiano di giustizia amministrativa: con una valorizzazione dell’interesse strumentale rispetto all’interesse finale al bene della vita che invece è il preminente oggetto di tutela nel diritto processuale interno<sup>64</sup>.

Non è un caso che la Corte, nel citare esempi di interesse strumentale - ulteriori rispetto a quello oggetto della questione dedotta – ritenuti compatibili con la disciplina costituzionale della tutela giurisdizionale amministrativa<sup>65</sup>, lasci fuori dall’elencazione proprio quello al momento più critico.

La ragione la chiarisce un passaggio della motivazione della [sentenza n. 271/2019](#) che contiene uno spunto di riflessione ulteriore ed ancor più esplicito, laddove la Corte, per escludere l’irragionevolezza della scelta del legislatore, osserva che il rito super accelerato intendeva anche “porre rimedio alla proliferazione incontrollata dei giudizi “retrospettivi”, incentrati, attraverso il fuoco incrociato dei ricorsi principali e incidentali escludenti, sui requisiti di ammissione alla gara, così neutralizzando, per quanto possibile, «l’effetto “perverso” del ricorso incidentale», anche alla luce del difficile dialogo con la Corte di Giustizia in relazione a tale istituto (dialogo reso ancora più

---

<sup>63</sup> In materia di interesse all’impugnazione dei bandi, A. FONZI, *L’interesse ad agire nell’impugnazione dei bandi di gara alla luce dei recenti interventi normativi e giurisprudenziali. Una prospettiva costituzionalmente orientata*, in [Giustamm](#), n. 11/2019; L. BERTONAZZI, *Notarelle originali in tema di impugnazione dei bandi, Nota a: Consiglio di Stato ad. plen.*, 26 aprile 2018, n.4, in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.3, 2019, 959.

<sup>64</sup> Ci si riferisce alla nota vicenda dell’esame del ricorso incidentale, su cui da ultimo Corte di giustizia dell’Unione europea, sezione X, sentenza 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi s.r.l.

In argomento: R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 2/2018, p. 325; F.G. SCOCA, *Sul c.d. interesse strumentale nelle procedure selettive (il contrasto tra giudice amministrativo e giudice europeo)*, in [Giustamm](#), n. 11/2019.

<sup>65</sup> “(...) non mancano nell’ordinamento altre ipotesi positivizzate, in via normativa o giurisprudenziale, di tutela di interessi non “finali” (Consiglio di Stato, sezione sesta, 25 febbraio 2019, n. 1321). È il caso, per restare nell’ambito delle procedure di affidamento, dell’interesse strumentale alla edizione della gara che sia illegittimamente mancata, laddove il ricorrente non agisce, nell’immediato, per l’aggiudicazione ma per il suo interesse a partecipare alla procedura; ovvero, dell’interesse strumentale alla sua caducazione, pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, sempre che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l’utilità richiesta (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenze 25 febbraio 2014, n. 9, e 7 aprile 2011, n. 4)”.

*problematico dalla recente sentenza, 5 settembre 2019, sezione decima, in causa C-333/18, Lombardi srl, resa su rinvio pregiudiziale dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato)*<sup>66</sup>.

Tale affermazione apre un fronte problematico – anche nel dialogo fra le Corti - di non poco momento, proprio alla luce dell'avvenuta abrogazione delle disposizioni censurate.

Non pare infatti azzardato rinvenire in tale passaggio argomentativo una esplicita critica alla giurisprudenza comunitaria sull'esame del ricorso incidentale, una volta venuto meno il possibile argine normativo interno all'abuso dell'interesse strumentale (reso possibile proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia), e al connesso “*effetto perverso*” sul processo amministrativo.

Se un siffatto monito possa preludere alla futura individuazione di un controlimite fondato sulle ragioni del modello di tutela costituzionale degli interessi legittimi, in relazione al rimarcato “*solido collegamento con l'interesse finale*”, è questione allo stato solo ipotetica: ma sicuramente di grande interesse, alla luce del rilevato (dalla stessa Corte costituzionale) “*difficile dialogo*” fra la giurisprudenza della Corte di Giustizia e quella interna.

#### 8. Le ricadute nell'ordinamento interno: 3) nuove incriminazioni, e bene-interesse tutelato:

La necessità di presidiare il procedimento di evidenza pubblica alla luce degli interessi superindividuali e non più meramente contabilistici che lo stesso tutela, ha indotto il legislatore ad introdurre – con l'art. 10 della legge 13 agosto 2010, n. 136 – una nuova fattispecie di reato: l'art. 353-*bis* del codice penale, rubricato “*Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente*”, stabilisce che “*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da euro 103 a euro 1.032* ».

Si tratta di un'incriminazione che sposta l'oggetto della tutela dall'effetto alla causa (dalla “libertà” di contrarre, al procedimento di evidenza pubblica), dall'alterazione della gara alla (illecita) predeterminazione del suo esito conformemente ad una *lex specialis* che altera e distorce la *par condicio* fra i concorrenti.

Come chiaramente precisato dalla giurisprudenza, l'azione consiste nel “*turbare mediante atti predeterminati il procedimento amministrativo di formazione del bando, allo scopo di condizionare la scelta del contraente. Poichè il condizionamento del contenuto del bando è il fine dell'azione, è evidente che il reato si consuma indipendentemente dalla realizzazione del fine medesimo. Per integrare il delitto, dunque, non è necessario che il contenuto del bando venga effettivamente modificato in modo tale da condizionare la scelta del contraente, nè, a maggior ragione, che la scelta del contraente venga effettivamente condizionata. È sufficiente, invece, che si verifichi un turbamento del processo amministrativo, ossia che la correttezza della procedura di predisposizione del bando sia messa concretamente in pericolo*” (Corte di Cassazione, sez. VI penale, sentenza 26 giugno 2018 n. 29267).

Si intende in tal modo anticipare sul piano diacronico la tutela penale – rispetto alla sede della “gara - con riferimento a qualsiasi fattore distorsivo tale da incidere sul regolare svolgimento del procedimento di evidenza pubblica: per un verso facendo risaltare la delicata funzione di quest'ultimo come sede della cura degli interessi superindividuali implicati dalla scelta da parte dell'amministrazione del contraente privato; e per altro verso, adeguando la repressione penale alle prassi devianti aventi ad oggetto non solo la selezione dell'offerta ma anche la predisposizione dei criteri per la stessa, ovvero l'affidamento diretto (senza gara) del contratto (in questo senso Corte di Cassazione, sez. VI penale, sentenza 16 febbraio 2017, n. 13431).

<sup>66</sup> Esprime “*perplexità sulla reale necessità di questa repentina e totale eliminazione, attuata attraverso la concitata procedura della decretazione d'urgenza*”, M. LIPARI, *Il rito superspeciale in materia di ammissioni e di esclusioni (art. 120, co. 2-bis e 6-bis del cpa) va in soffitta. E, ora, quali conseguenze pratiche?*, in [Giustizia Amministrativa](#), 2019.

## 9. Conclusioni.

Il controllo di legalità operato dal giudice amministrativo sugli atti di esercizio dei poteri amministrativi di scelta del contraente è indubbiamente una garanzia giurisdizionale importante.

La giurisdizione interviene però in una fase già patologica: e comunque sconta i limiti strutturali di una giurisdizione di diritto soggettivo.

L'amministrazione, in particolare, dovrà tenere presente che per i cittadini la prima forma di insicurezza sociale è data da un'amministrazione comunque potenzialmente afflitta dalla tendenziale e naturale (nel senso precisato dalla dottrina richiamata in precedenza) deviazione non solo da regole di risultato, ma spesso anche da regole di legittimità formale o, come dicono i francesi, d'illegalità esterna.

Un interessante studio interdisciplinare si è occupato delle varie e complesse implicazioni (non necessariamente legate a fenomeni corruttivi, ma rilevanti prima ancora sul piano della consapevolezza e dell'efficacia dell'azione amministrativa) del fenomeno della deviazione dal principio d'imparzialità in funzione di una *logica del favore*<sup>67</sup>.

Il problema, culturalmente, è dunque molto studiato in Europa, ma sul piano della prassi è purtroppo particolarmente riscontrato in vaste aree del nostro Paese.

Come ancor prima - e meglio - del diritto ci ha insegnato la letteratura, in un sistema di risorse limitate ogni favore implica un corrispondente sacrificio in danno di qualcuno<sup>68</sup>.

Si può aggiungere che provoca inefficienza, diminuisce la fiducia nelle istituzioni e il grado di osservanza spontanea delle norme, cancella ogni possibile forma di merito, mina i fondamenti di una società basata su valori di civile convivenza, devasta l'obiettivo – consacrato già dal Trattato istitutivo della Comunità europea – di una reale coesione sociale.

L'auspicio è che la forza persuasiva di meccanismi giuridici evoluti possa modificare la tendenza all'alterazione del libero gioco del mercato, ed impiantare un regime di buona amministrazione nel quale i cittadini possano trovare un fattore di sicurezza sociale.

Perché il potere – e la ragione delle scelte compiute – deve esercitarsi nella sede formale che ad esso la legge attribuisce, e che costituirà l'oggetto del successivo sindacato in sede giurisdizionale degli atti con i quali è stato esercitato, e non in circuiti esterni (come invece dimostra la stessa eziologia del citato art. 353-*bis* cod. pen., la cui introduzione nell'ordinamento è finalizzata a punire la predeterminazione illecita del contenuto degli atti del procedimento di evidenza pubblica: segno evidente sia dell'evoluzione delle prassi illecite nel senso dell'anticipazione della soglia della condotta distorsiva, che dell'attenzione del legislatore alla tutela del libero gioco della concorrenza in quanto tale).

Diversamente, ove non si agisse con questa leva, ogni diversa misura sarebbe destinata ad essere fatalmente contraddetta dalle modalità concrete della sua applicazione: e sarebbe proprio il potere amministrativo, a causa delle ridotte modalità del suo esercizio, l'oggetto di un fenomeno di eterogenesi dei fini che ne farebbe il primo fattore di insicurezza sociale.

Si dovrebbe allora inevitabilmente convenire con quelle posizioni che sottopongono a revisione critica – con prospettive scientifico-disciplinari eterogenee, ma convergenti nell'analisi – la stessa idoneità dello Stato democratico a garantire le idee di diritto e di giustizia come finora comunemente avvertite<sup>69</sup>: con l'aggravante degli effetti che una simile prospettiva di scollamento fra la dimensione

<sup>67</sup> G.J. GUGLIELMI (a cura di), *La faveur et le droit*, Parigi, Presse universitarie de France, 2009.

<sup>68</sup> “Non ci sono al mondo persone più volgari dei nostri complici. L'occhiata obliqua dell'oste che mi riserva il vino migliore, e per conseguenza ne priva qualcun altro, bastava già, nei giorni della mia giovinezza, a ispirarmi un profondo disgusto per gli svaghi di Roma” (M. YOURCENAR, *Mémoires d'Hadrien*, trad. it., Torino, Einaudi, 1981, p. 17).

<sup>69</sup> L. CANFORA, *Critica della retorica democratica*, Roma-Bari, 2002; E.J HOBBSAWN, *La fine dello Stato*, Milano, Rizzoli, 2007; L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat*, II ed., Parigi, 2007.

Su quest'ultima analisi si vedano le riflessioni critiche – formulate circa venti anni or sono, con riferimento alla prima edizione (del 1985), da G. TORREGROSSA, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 1987, p. 8: “Non sono quindi soltanto

formale e la realtà sostanziale del potere legittimo produrrebbe in vaste aree del continente, nelle quali il vuoto è destinato ad essere riempito da una peculiare forma di manifestazione della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici<sup>70</sup>.

Infine, sia consentita – vista anche la sede dell’incontro - una riflessione quasi banale.

È molto forte il rischio, specie in una giornata di studio meritoriamente dedicata alla memoria di Rosario Livatino, dell’ennesimo e quasi inevitabile richiamo - retorico ed enfatico: e per ciò solo inutile – alla dimensione etica, quale possibile soluzione salvifica dei gravi problemi connessi al tema di cui ci stiamo occupando.

Al di là della legittimazione od investitura di ciascuno a predicare (la pratica attenendo al foro interno) richiami alla moralità dei comportamenti, essi appaiono comunque inadeguati ad incidere sul piano della efficacia degli strumenti di composizione del conflitto; inoltre, sul piano del metodo, una simile prospettiva “*costituisce una sorta di fuga dalle responsabilità del giurista e potrebbe apparire un alibi per giustificare l’inefficienza dei meccanismi giuridici proposti*”<sup>71</sup>.

---

motivazioni di ordine giuridico-formale quelle che impediscono di recepire nel nostro ordinamento il *Droit sans l’état*: il distacco fra individuo e Stato non può essere colmato configurando una organizzazione in cui vi sia ‘più società e meno Stato’, ma impegnandosi perché vi sia ‘più società dentro lo Stato’”.

<sup>70</sup> In argomento sia consentito il rinvio a G. TULUMELLO, *Il giudice e lo storico: la responsabilità dell’associato per i reati-scopo fra dimensione penale-sostanziale e regole del ragionamento probatorio*, in *Cassazione penale*, 2002, 2508, ove una analisi del “*tema della giuridicità delle associazioni criminose, e dell’associazione mafiosa in particolare, sotto il profilo della possibilità o meno di qualificare tali organizzazioni come ordinamenti giuridici, attribuendo dunque il carattere della giuridicità alle regole interne al sodalizio*”.

<sup>71</sup> G. TORREGROSSA, *Appaltare in Europa*, Calice, 1992. p. 75, ove la precisazione che “*L’area della ‘moralità’ e quella della giuridicità hanno confini diversi e non è il ricordo della necessaria eticità della norma giuridica che li può eliminare. Anche in un mondo popolato solo da S. Francesco e S. Chiara, il diritto deve essere presente ad indicare con la sua sanzione la via retta da seguire: così chiudeva un giurista cattolico come D. Barbero la sua polemica con F. Carnelutti sulla natura della norma giuridica*”.

Antonio Ruggeri

**Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie\***

SOMMARIO: 1. La questione preliminare a riguardo di ciò che è “fonte” e “norma” e la sua soluzione facendo capo non già al criterio della loro efficacia generale bensì a quello della novità rispetto al diritto previgente. – 2. Le forme varie di articolazione e svolgimento del rapporto tra diritto giurisprudenziale e diritto politico (dalla contestazione del secondo ad opera del primo, alla loro immedesimazione, alla parziale convergenza ovvero reciproca divergenza). – 3. La fedeltà al precedente quale condizione della salvaguardia della *certezza del diritto*, la naturale ed indeclinabile vocazione di quest’ultima a convertirsi ed a risolversi in *certezza dei diritti costituzionali*, il valore relativo della nota distinzione tra *ratio decidendi* ed *obiter dictum*, in considerazione del rilievo assegnato al *decisum* nella sua “totalità”. – 4. Gli scostamenti, viepiù frequenti e marcati, per mano del giudice (in ispecie, di quello costituzionale) dai canoni che presiedono all’esercizio delle sue funzioni, la conseguente, esasperata “politicizzazione” dell’esercizio delle funzioni stesse, i casi di manipolazione del diritto politico da parte del diritto giurisprudenziale, nonché di manipolazione interna a quest’ultimo (che alle volte si risolve nel ripristino del vigore di un diritto politico dapprima alterato). – 5. La comparazione giuridica e l’interpretazione conforme: due tecniche argomentativo-decisorie multiuso, nel quadro della relazione complessa tra diritto giurisprudenziale e diritto politico. – 6. La struttura internamente articolata e composita dell’identità costituzionale sia dello Stato che dell’Unione europea, il mutuo sostegno che le giurisprudenze sono chiamate a darsi in ordine alla messa a punto dell’identità stessa, il conseguente rinvigorimento del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto politico. – 7. La tipizzazione dei ruoli istituzionali, secondo modello, le torsioni registratesi nell’esperienza, il bisogno di tener ferma la esclusiva soggezione del giudice alla legge pur nella varia intensità dei vincoli da questa discendenti a carico di quello. – 8. Una succinta notazione finale, con riguardo alle implicazioni per la teoria della Costituzione conseguenti al modo di essere dei rapporti tra diritto giurisprudenziale e diritto politico.

*1. La questione preliminare a riguardo di ciò che è “fonte” e “norma” e la sua soluzione facendo capo non già al criterio della loro efficacia generale bensì a quello della novità rispetto al diritto previgente*

“La contrapposizione fra diritto politico e diritto giurisprudenziale è dimostrata soprattutto dal fatto che per il primo *auctoritas, non veritas, facit legem*, mentre per il secondo vige la regola opposta, ma la determinazione di un preciso confine che separi i due tipi di situazioni si presenta talora malagevole”. Così A. Pizzorusso, con la sua consueta densità espressiva, scolpiva i termini essenziali della relazione tra le due forme o specie di produzione giuridica oggetto del nostro incontro di oggi, consegnandocene una chiara rappresentazione nella sua opera più matura in tema di fonti del diritto<sup>1</sup>, alla cui stesura con vigile cura si era dedicato per anni ed alla quale particolarmente teneva<sup>2</sup>.

La questione preliminare allo studio dei rapporti tra i due “tipi” – se così vogliamo chiamarli – di diritto sopra indicati è, nondimeno, quella relativa alla esistenza stessa del secondo, se cioè sia appropriato discorrerne ovvero se il sintagma che ad esso si riferisce racchiuda in sé una insanabile

\* *Relazione conclusiva della Giornata di studi in ricordo di Alessandro Pizzorusso dedicata a Il diritto giurisprudenziale, Pisa 16 dicembre 2019, alla cui data lo scritto è aggiornato.*

<sup>1</sup> *Fonti del diritto*<sup>2</sup>, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma 2011, 37 e 61 in nt. 10, con richiamo di una indicazione di L. Ferrajoli.

<sup>2</sup> Desidero consegnare un personale ricordo. Negli anni in cui P. attendeva alla faticosissima scrittura della seconda edizione della sua poderosa opera uscita nel 1977 (praticamente, un libro completamente rifatto, nuovo), avvertiva forte il bisogno di confrontarsi con i colleghi, specie con quelli più giovani con i quali aveva comunanza di interessi scientifici, e, tra questi, anche con me: nel corso delle mie frequenti visite a Pisa o in altri luoghi d’incontro, più volte mi aveva reso partecipe di come stesse ristrutturando il lavoro e dei suoi nodi teorici di maggior rilievo, disponendosi, con la sua consueta umiltà (pari alla sua statura di Maestro indiscusso, universalmente apprezzato), all’ascolto dei punti di vista dell’interlocutore assai meno attrezzato culturalmente di Lui.

contraddizione<sup>3</sup>, nell'assunto che non possa darsi – con specifico riferimento agli ordinamenti di *civil law*<sup>4</sup> – un diritto di produzione giurisprudenziale, tanto più poi se la categoria dovesse considerarsi internamente composita e riferita, oltre che al diritto di fattura giudiziaria (o giurisprudenziale in senso stretto), altresì al diritto di origine dottrinale ed al diritto transnazionale<sup>5</sup>.

La questione – com'è chiaro – rimanda alla previa opzione di fondo circa ciò che è fonte del diritto e norma giuridica: una questione da far tremare davvero le vene e i polsi, che per ovvie ragioni non può essere qui neppure ripresa nei suoi termini metodico-teorici essenziali. Mi limito solo a rammentare che ogni criterio distintivo dei tratti sostanziali considerati già *ab antiquo* tipici delle norme giuridiche non ha resistito alla critica serrata mossa da più parti (e con svolgimenti argomentativi di vario segno), in particolare non hanno resistito alla critica gli attributi della generalità e dell'astrattezza<sup>6</sup>, che seguitano a riscuotere ancora diffusi consensi, pur trascinandosi sempre più stancamente e tralaticciamente, specie nelle riflessioni di più largo respiro, dedicate alla ricostruzione del c.d. sistema delle fonti<sup>7</sup>. Lo stesso attributo della novità, di labandiana memoria, pur dimostrandosi idoneo a sottrarsi alle critiche mosse agli attributi restanti, è risultato dotato di assai mediocre capacità discretiva, finendo con il restare attratto dai poli estremi di un'alternativa soffocante, considerandosi dunque ora presente, a conti fatti, in *ogni* atto giuridico (eccezion fatta, forse, di quelli meramente esecutivi)<sup>8</sup> ed ora invece, per una sua particolarmente rigorosa e selettiva accezione, proprio delle *sole* norme costituzionali (e, addirittura, con ancora maggior rigore, dei soli principi fondamentali, nei cui riguardi ogni altra norma della stessa legge fondamentale dell'ordinamento si pone in funzione specificativo-attuativa<sup>9</sup> o, come che sia, in funzione servente)<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> Una ferma confutazione della inclusione della giurisprudenza tra le fonti del diritto è, ancora di recente, in M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e, dello stesso, *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Quest. giust.*, 3/2019, 16 ss., spec. 27 ss. Se n'è discusso specificamente nel corso della prima sessione dei nostri lavori, dedicata a *La giurisprudenza come fonte di diritto*, introdotti e coordinati da O. PFERSMANN.

<sup>4</sup> È ovvio che negli ordinamenti di *common law* la questione non ha ragion d'essere, quanto meno con specifico riguardo al diritto di produzione giudiziaria.

<sup>5</sup> Così, ancora, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 144. Riferimenti alle varie accezioni del termine “giurisprudenza”, di recente, in G. ALPA, *La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 335 ss., che nondimeno conclude nel senso qui pure accolto, facendo specifico riferimento al diritto prodotto dai giudici.

<sup>6</sup> Indicazioni e riferimenti, volendo, possono aversi dal mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 26 ss. e 41 ss.

<sup>7</sup> Lo stesso Maestro che oggi onoriamo solleva riconoscere un “posto” di particolare rilevanza nel sistema degli atti dei pubblici poteri alle decisioni della Corte costituzionale (e, segnatamente, a quelle ablativo), a motivo della efficacia *erga omnes* loro propria (v., nuovamente, *op. cit.*, 536 ss.).

<sup>8</sup> La più limpida e ad oggi insuperata ricostruzione teorica che linearmente discende dalle premesse ora enunciate nel testo si deve – com'è noto – alla poderosa riflessione di H. Kelsen, con la riduzione del fenomeno giuridico al fenomeno normativo.

<sup>9</sup> Il rapporto di strumentalità di cui ora si discorre è visto – come si sa – da un'accreditata dottrina al piano dei rapporti tra la legislazione e la Costituzione, nella sua totalità espressiva di un “programma” bisognoso appunto di realizzazione ad opera della legge in primo luogo, quale suo strumento “ordinario” e “necessario” d'implementazione (il riferimento è – com'è chiaro – al magistero di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I e II, Giuffrè, Milano 1970).

Ho già avuto modo in più luoghi di prendere le distanze da questa ricostruzione, pur se sorretta da acuti argomenti, manifestando l'avviso che i rapporti in parola esibiscono una gamma assai estesa di “varianti” interne: a seconda degli enunciati e del contesto in cui si calano ed operano, infatti, l'idea del “programma” parrebbe invero ricevere talora conferma; sappiamo, però, che il “programma” stesso non è affatto definito in ogni sua parte dalla Carta e che, anzi, in relazione a taluni enunciati della stessa sia alquanto problematico ed arduo dimostrarne la esistenza. E, invero, i vincoli discendenti dalla Carta appaiono essere ora di segno positivo ed ora di segno negativo, gli uni e gli altri dotati di estensione ed intensità variabili.

Senza adesso riprendere la questione, ai nostri fini non specificamente interessante, può nondimeno dirsi che, assumendo i principi fondamentali nel loro fare “sistema” quali elementi costitutivi di un “programma”, la loro prima specificazione-attuazione può (e deve) rinvenirsi nella stessa Carta; e tanto basta a sostegno della tesi nel testo succintamente rappresentata.

<sup>10</sup> L'appunto critico ora enunciato nel testo a carico della novità era già nel mio studio monografico, sopra cit., ed è stato quindi ulteriormente precisato in altri scritti.

Sta di fatto che se si sposta l'obiettivo dalla efficacia alla novità quale tratto più genuinamente espressivo della normatività di un atto, se ne ha che, per un verso, solo alcune decisioni del giudice costituzionale parrebbero esserne dotate<sup>11</sup>, nel mentre, per un altro verso, anche pronunzie dei giudici comuni riguardanti una cerchia ristretta di persone e persino una soltanto potrebbero (e dovrebbero) considerarsi "normative", ove si dimostrino espressive di regole dapprima inesistenti<sup>12</sup>, aggiunte ai testi di legge, magari in specificazione-attuazione di altre norme di principio di fattura parimenti giurisprudenziale ovvero, puramente e semplicemente, di norme della Costituzione<sup>13</sup>. L'una ipotesi, ad es., ricorre in presenza di pronunzie additive di principio della Consulta ovvero di decisioni-pilota della Corte EDU; l'altra con riguardo ai casi di c.d. "applicazione" diretta della Costituzione, che, però, come si è fatto in altri luoghi notare, dovrebbe più propriamente qualificarsi, per le ragioni qui pure rammentate, come "attuazione" diretta, specie laddove il principio dal quale il giudice estragga la regola buona per il caso esibisca una trama strutturale a maglie particolarmente larghe o larghissime<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Non a caso, un'autorevole dottrina riserva la qualifica in parola unicamente alle pronunzie manipolative [v., dunque, part., G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.; ulteriori ragguagli sulla struttura delle pronunzie della Corte, specie di quella di alcune di esse che si presenta internamente composita, possono aversi da C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013, del quale v., ora, anche l'intervento, dal titolo *L'ordinanza "una e trina"*, al Seminario su *Dopo l'ord. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, svoltosi presso la casa editrice Il Mulino il 27 maggio 2019, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 7 giugno 2019, dove si fa notare come la [ord. 207 del 2018](#) della Consulta racchiuda in sé ben tre specie di decisioni diverse].

Va, nondimeno, tenuto presente che, per un verso, le pronunzie ablative "secche" comunque innovano al diritto preesistente, nel mentre le stesse decisioni di rigetto, pur se riconosciute con la dottrina e la giurisprudenza ormai invalse come produttive di effetti circoscritti al caso (*contra*, però, il mio *Storia di un "falso"*. *L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, con le ulteriori precisazioni che sono nel mio *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.), ugualmente non rimangono senza conseguenze per la pratica giuridica a venire, specie laddove dovessero dotarsi di moniti indirizzati al legislatore in vista di un rifacimento della disciplina in vigore, alle volte giudicato urgente e sollecitato a svolgersi all'insegna delle indicazioni di riforma date dalla stessa Corte. Tanto più, poi, alle decisioni in parola è da assegnare carattere comunque "innovativo", ove si ammetta (con la stessa giurisprudenza corrente) che la presentazione di altra questione avente ad oggetto la medesima disciplina già rigettata dalla Consulta può, a giudizio di quest'ultima, aversi unicamente se "nuova", vale a dire relativa a profili e sorretta da argomenti comunque diversi da quelli già valutati negativamente dal giudice costituzionale, restando ad ogni buon conto in ultima istanza riservato alla stessa Corte il riconoscimento del carattere in parola.

<sup>12</sup> D'altronde, quello della "creatività" degli atti dei giudici è un dato talmente ricorrente, seppur caricato di accezioni e valenze anche sensibilmente diverse, da rivelarsi persino banale segnalarlo per l'ennesima volta. Subito di seguito nel testo, come può vedersi, si fa specifico riferimento ai casi in cui sia del tutto assente la disciplina normativa apprestata dal diritto politico, supplita dunque per intero dal diritto giurisprudenziale. Un esempio assai eloquente (e discusso) è ora dato da [Corte cost. sent. n. 242 del 2019](#) che, riprendendo quanto già in buona sostanza anticipato dalla [ord. n. 207 del 2018](#), ha fatto luogo alla "invenzione" *ex nihilo* della disciplina normativa relativa al suicidio assistito.

<sup>13</sup> Anche a far leva su elementi formali-procedimentali (e, segnatamente, sul riconoscimento operato dallo stesso ordinamento degli atti idonei a comporlo ed a rinnovarlo senza sosta: così ancora il mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, cit., spec. 31 ss. e 50 ss.; cfr, ora, F. BALAGUER CALLEJÓN, *La teoria delle fonti del diritto nello Stato costituzionale*, in *paper*, § 6), è doveroso ammettere che anche altri atti, ai primi strettamente connessi al punto di comporre un'unica "catena" produttiva, finiscono con il portare essi pure lo stigma della normatività.

<sup>14</sup> Di contro, la tesi secondo cui i giudici farebbero sempre, e soltanto, "applicazione" di diritto è con vigore riaffermata da M. LUCIANI, in più scritti, tra i quali, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [Rivista AIC](#), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della Costituzione"*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss. e, da ultimo, la introduzione ai lavori della seconda sessione della nostra Giornata dedicata a *Diritto giurisprudenziale versus diritto politico*; ma v., con riguardo all'attività "creativa" del giudice, i pertinenti rilievi che sono in R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata*



2. *Le forme varie di articolazione e svolgimento del rapporto tra diritto giurisprudenziale e diritto politico (dalla contestazione del secondo ad opera del primo, alla loro immedesimazione, alla parziale convergenza ovvero reciproca divergenza)*

Ora, circoscrivendo qui l'attenzione al solo diritto giurisprudenziale di fattura giudiziaria<sup>15</sup> e muovendo da una larga accezione della "normatività", riferita ad ogni intervento innovativo nei riguardi del diritto politico, se ne ha che non sempre tra le due specie di produzione giuridica in parola si ha riscontro della contrapposizione rilevata dal Maestro alla cui memoria il nostro incontro è dedicato.

Il rapporto le due forme o specie di produzione giuridica suddette si presenta, infatti, alquanto complesso, spiegandosi di conseguenza a tutto campo il ventaglio dei modi con cui la loro relazione prende di volta in volta forma. Ad uno dei due poli c'è infatti la contrapposizione o, diciamo pure, la contestazione del diritto politico da parte del diritto giurisprudenziale<sup>16</sup>: una eventualità, questa, di cui può aversi riscontro a tutti i gradi della produzione giuridica<sup>17</sup> e con riferimento ad ogni fonte, nessuna essendone immune.

Si pensi, ad es., ai casi di modifiche tacite della Costituzione poste in essere per via giurisprudenziale<sup>18</sup>. Il punto è però che solo nel tempo lungo è possibile discernere le modifiche *stabili*, frutto di autentiche *consuetudini giurisprudenziali* diffuse e radicate nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale, dalle singole o sporadiche violazioni, magari accertate da altri giudici chiamati a controllare variamente l'operato di coloro che se ne rendono responsabili<sup>19</sup>.

---

*in vigore della Costituzione*, in AA.VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Giappichelli, Torino 2009, 25 ss.; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; v., inoltre, G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss. Più di recente, sulla centralità del ruolo dei giudici quali "fabbricanti di regole" v. F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 15/2019, 31 luglio 2019, spec. 5, da cui è tratto il riferimento testuale].

<sup>15</sup> Non tratto infatti, in questa sede, del diritto dottrinale, il cui apporto alla formazione ed al rinnovo del diritto giudiziario resta nondimeno impalpabile, così come per vero lo è anche quello dato dal secondo al primo (a giudizio di A. PIZZORUSSO, il diritto dottrinale è espressione di *soft law*, "anche se si tratta spesso di uno strumento capace di influenzare talora più di ogni altro la produzione normativa": *Fonti del diritto*<sup>2</sup>, cit., 735 ss. e 737, per la cit. testuale).

<sup>16</sup> È ovvio che possono darsi anche casi di norme di legge (e di diritto politico in genere) adottate in deliberata contestazione di orientamenti giurisprudenziali dapprima manifestati, ma è una evenienza ai nostri fini non interessante, salvo il caso di frode al giudicato posta in essere con legge. La qual cosa ha uno speciale rilievo laddove vittima dell'intervento legislativo sia il giudicato costituzionale: un illecito, questo, com'è noto, più volte rilevato dallo stesso giudice costituzionale. Si vedrà, nondimeno, più avanti che possono darsi casi al ricorrere dei quali la stessa norma di "copertura" del giudicato in parola, di cui all'art. 137, ult. c., cost., verosimilmente espressiva di un principio fondamentale dell'ordinamento, potrebbe rendersi partecipe di operazioni di bilanciamento con altri principi.

<sup>17</sup> È per ciò che il diritto giurisprudenziale è *fonte senza grado* o, meglio, è fonte che può disporsi ad ogni grado della scala gerarchica, in ragione dell'oggetto dallo stesso di volta in volta riguardato.

<sup>18</sup> Se ne è, ancora non molto tempo addietro, discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l'8 e il 9 giugno 2018, su *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019 (ivi, con specifica attenzione al tema delle modifiche in parola, v., part., l'accurato studio di M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, 231 ss., e, se si vuole, anche il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 415 ss.). Molto importanti gli studi di S. BARTOLE, del quale v., ora, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss. De *La prassi nel diritto costituzionale: una questione di metodo* si è discusso nel corso di un incontro di studi svoltosi a Ferrara il 26 novembre scorso in occasione della consegna degli *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019.

<sup>19</sup> Per il diritto giurisprudenziale, dunque, la differenza tra la *modifica* e la *violazione* si può cogliere solo *ex post*, alla luce del criterio della effettività.

Al polo opposto, ci sono i casi in cui il diritto giurisprudenziale dà voce al diritto politico: è cioè lo stesso diritto vigente nel suo farsi diritto vivente. Anche qui, l'apprezzamento della fedeltà dell'uno rispetto all'altro si rivela essere assai problematico ed incerto. Una questione, questa, che specificamente si pone in relazione alle pronunzie dei giudici di ultima istanza, a conti fatti controllori di se stessi<sup>20</sup>, nel senso che, tornando a presentarsi uno stesso caso nel tempo (piace a me dire, la medesima “situazione normativa”)<sup>21</sup>, possono variamente aggiustare e persino radicalmente modificare un verdetto anteriore, rendendo così testimonianza *per tabulas* della infedeltà di una precedente interpretazione ed applicazione del diritto politico.

Fintantoché però non si assiste al ripudio operato alla luce del sole di giudizi anteriori, possiamo presumere – salva, appunto, la prova del contrario – che, per un fisiologico svolgimento del modello, *il diritto giurisprudenziale sia lo stesso diritto politico*, nel suo passaggio dalla condizione astratta della vigenza a quella concreta del “vivere” nell'esperienza<sup>22</sup>.

Non si dimentichi, peraltro, che lo stesso accertamento della esistenza del diritto vigente si ha, in primo luogo, per mezzo del diritto giurisprudenziale; il primo può solo circoscrivere in parte il

---

<sup>20</sup> Fanno eccezione i casi in cui le decisioni dei giudici in parola siano fatte oggetto di un conflitto tra poteri davanti alla Corte costituzionale ovvero siano causa di un ricorso davanti all'una ovvero all'altra Corte europea. Una questione assai complicata, questa, laddove sul banco degli imputati finisca lo stesso giudice costituzionale, avverso le cui decisioni non si dà – com'è noto – alcuna impugnazione. Come si è poc'anzi accennato, si è in altri luoghi affacciata l'ipotesi che lo stesso art. 137, ult. c., cost., che pone il divieto in parola, ancorché espressivo di un principio fondamentale ovvero “coperto” da un principio in parola (o, magari, dall'intera tavola dei principi nel loro fare “sistema”), possa soggiacere ad operazioni di bilanciamento conseguenti al sopravvenire di una pronunzia della Corte europea che dovesse riscontrare la violazione dei canoni del giusto processo ad opera della Consulta. Ed è bensì vero che quest'ultima, magari dietro sollecitazione di un giudice comune, potrebbe pur sempre opporre all'ingresso della pronunzia suddetta l'arma dei “controlimiti”; e, tuttavia, è parimenti vero che la stessa Consulta, nuovamente interpellata, potrebbe sentirsi indotta a rivedere, almeno in parte, la propria originaria posizione, traendo profitto dal “dialogo” con la Corte europea, esattamente così come questa o la Corte di giustizia hanno mostrato di saper fare in alcune circostanze (ad es., lo ha fatto – come si sa – la Corte dell'Unione in *Taricco*).

<sup>21</sup> Sulla “situazione normativa” quale oggetto dei giudizi di costituzionalità, v., da ultimo, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>6</sup>, Giappichelli, Torino 2019, 101 ss.

<sup>22</sup> Parrebbe, nondimeno, aversi riscontro di un'aporia logica di fondo costituita dal fatto che da uno stesso enunciato normativo sono contemporaneamente estratti plurimi (e, se del caso, radicalmente divergenti) significati nelle varie sedi in cui si amministra la giustizia, sicché parrebbe che – al più concedere – uno solo possa considerarsi “giusto” e tutti gli altri fatalmente errati [si sofferma ora sul punto C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss., confrontandosi con gli svolgimenti argomentativi prospettati da M. LUCIANI, nella sua voce su *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 401 ss., del quale v., peraltro, ora, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, cit.]. Né soccorre la circostanza per cui la *reductio ad unum* è assicurata dal ruolo di nomofilachia esercitato dal giudice della legittimità ovvero dalla formazione – ammesso che veramente si abbia... – di un “diritto vivente” attorno ad uno dei significati attribuiti ad un enunciato dato, dal momento che si tratterebbe comunque di ricostruzioni semantiche pur sempre superabili da giudici che non si riconoscano né nelle pronunzie della Cassazione né negli orientamenti consolidati in giurisprudenza. È un fatto, però, che il titolo conferito a ciascun giudice di amministrare giustizia fa comunque presumere, salva appunto la prova del contrario, che in ogni espressione di diritto giurisprudenziale si rispecchi fedelmente il diritto politico quale fonte di “contenitori” – gli enunciati – potenzialmente in grado di offrire un numero indeterminato di prodotti normativi, un numero nondimeno finito una volta che si ammetta – come devesi ammettere – la capacità propria degli enunciati stessi di delimitare pur sempre l'area materiale dei significati astrattamente possibili. Ciò che, al tirar delle somme, equivale a dire che la norma, ogni norma, è pur sempre la risultante dell'apporto congiunto posto in essere da colui cui si deve la confezione degli enunciati e di colui che da essi estrae il significato buono per il caso. Una combinazione, dunque, che varia continuamente nell'esperienza così come vario è il linguaggio dei testi normativi e diversi gli operatori di volta in volta chiamati a piegarsi sugli stessi ed a “svelarne” il significato. La norma, insomma, non è – come invece comunemente si pensa – il prodotto esclusivo e men che mai del tutto libero dell'interprete ma il frutto della convergenza degli sforzi prodotti da quest'ultimo e, prima ancora, dall'autore del testo oggetto d'interpretazione: volendo fare riferimento al tema che oggi ci occupa, *la norma è sempre la risultante dell'incrocio del diritto politico e del diritto giurisprudenziale* (quanto meno, così dovrebbe essere secondo modello; poi, è chiaro che l'esperienza può presentare alcune sue sostanziali, ancorché non sempre immediatamente visibili, torsioni, in specie laddove il secondo diritto soffochi ed appiattisca il primo).

Va, dunque, riconsiderata, alla luce delle precisazioni ora sinteticamente svolte, la nota distinzione tra *disposizione* e *norma*, nondimeno bisognosa di ulteriori approfondimenti teorici in altro luogo.

marginale di manovra del secondo e di... *se stesso*, ad es. stabilendo che l'abrogazione e le modifiche del diritto preesistente possano aver luogo unicamente in modo esplicito. In disparte, però, le riserve di ordine teorico legittimamente prospettabili avverso questo tipo di esperienza ed i limiti di rendimento ai quali quest'ultima va incontro, resta il fatto che le innovazioni apportate al diritto previgente dall'atto contenente la clausola di sola abrogazione espressa soggiacciono all'accertamento del diritto giurisprudenziale.

A mezzo tra i due poli sopra indicati della contestazione "secca" ovvero della immedesimazione, si dà poi una gamma di combinazioni di vario segno, la cui distinzione peraltro non è agevole né netta. In realtà, al di fuori del caso in cui il diritto giurisprudenziale metta da canto quello politico e l'altro in cui quest'ultimo sia del tutto assente, risultando supplito da quello, il più delle volte se ne ha il congiunto riscontro ed operare, con "dosaggi" variabili in ragione dei casi; e ciò, malgrado il diritto giurisprudenziale, al fine di non autodelegittimarsi, non dichiara mai di innovare al diritto politico ovvero di operarne più o meno consistenti adattamenti ai casi stessi.

3. *La fedeltà al precedente quale condizione della salvaguardia della certezza del diritto, la naturale ed indeclinabile vocazione di quest'ultima a convertirsi ed a risolversi in certezza dei diritti costituzionali, il valore relativo della nota distinzione tra ratio decidendi ed obiter dictum, in considerazione del rilievo assegnato al decisum nella sua "totalità"*

Alcuni dei temi che danno il titolo alle sessioni di lavoro della nostra Giornata evocano indici attendibili a riguardo del rapporto in cui l'un diritto si pone rispetto all'altro, delle divergenze come pure delle convergenze.

La fedeltà al precedente per ciò che attiene ai giudizi di merito (e, perciò, in buona sostanza, alle interpretazioni del diritto vigente), unitamente alla osservanza dei canoni che stanno a base dei giudizi, fa presumere – sempre, salva la prova del contrario – la convergenza e vera e propria immedesimazione delle due specie di produzione giuridica. Di contro, gli scostamenti dai precedenti e, più ancora, dai canoni che reggono lo svolgimento dei processi sono, non poche volte, un indice eloquente di una sostanziale riscrittura del diritto politico.

Sul significato e il valore dei precedenti, in realtà, occorre intendersi. Si dà infatti una varietà di casi che richiedono di essere tenuti comunque distinti<sup>23</sup>.

In primo luogo, va rammentato che il valore dei precedenti è vario negli stessi ordinamenti di *common law*<sup>24</sup>, nel mentre anche nei paesi di *civil law* alla giurisprudenza non viene assegnato uguale rilievo, pur rimarcandosi la tendenza ad un ruolo di sempre maggiore spessore<sup>25</sup>. Ai fini della riflessione che si va ora facendo, un particolare significato acquista il valore del precedente a seconda che si guardi al medesimo giudice che si trovi chiamato a pronunciarsi una seconda volta sulla medesima questione, nella sua connotazione oggettiva complessiva, ovvero a giudici diversi sollecitati a tenere conto del modo con cui una data controversia, su cui debbano pronunciarsi, sia già stata risolta da altri operatori di giustizia, specie laddove sia già stata portata al vaglio del giudice della nomofilachia (e, più ancora, alle sezioni unite dello stesso).

---

<sup>23</sup> In tema, di recente, G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, cit., spec. 375 ss., nonché i contributi alla quarta sessione dei nostri lavori su *Diritto giurisprudenziale e uso del precedente interno*, introdotti e coordinati da V. VARANO, part. quelli di G. CANALE, *L'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale*, e V. FREDIANELLI, *L'uso del precedente interno da parte della Corte suprema statunitense: la vicenda del prospective overruling*.

<sup>24</sup> V., ancora una volta, il chiaro quadro ricostruttivo che è in A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 705 ss. e 714 ss., per un sintetico raffronto tra il modello nord-americano e quello inglese.

<sup>25</sup> Assai indicativi al riguardo gli esempi addotti da M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, cit., 345 ss., spec. 349 ss.

Centrale rilievo è ai miei occhi da assegnare alla nozione di “situazione normativa”, della quale si è fatto poc’anzi cenno con riferimento ai giudizi di costituzionalità. È chiaro che il vincolo del precedente emerge con prepotente evidenza proprio con riferimento alle pronunzie del giudice costituzionale, nelle quali si è soliti intravedere i punti di chiusura dell’ordinamento, specie con riguardo alle controversie maggiormente gravide di implicazioni in quanto direttamente o indirettamente coinvolgenti la Costituzione.

Tengo qui pure fermo l’assunto per cui la certezza del diritto (in ispecie, nella sua declinazione costituzionale) ha da porsi quale riferimento obbligato, costante, dell’operato dei giudici, più ancora appunto dei giudici costituzionali<sup>26</sup>. La certezza, poi, tende naturalmente a tradursi nella prevedibilità del giudizio; ed anche in tal modo viene, a conti fatti, a realizzarsi una sorta di efficacia generale dei verdetti degli stessi giudici comuni, seppur valevoli per il singolo caso, o, meglio, prende forma la tendenza dei verdetti stessi alla loro universalizzazione, nella quale poi riposa una delle garanzie primarie, indisponibili, del principio di eguaglianza.

Sia chiaro. La certezza del diritto non è un valore assoluto, per la elementare ragione che nessun valore lo è, tutti comunque soggiacendo alla ferrea “logica” della loro mutua ponderazione in ragione delle complessive esigenze dei casi<sup>27</sup>. L’unico valore assoluto – com’è stato da tempo fatto notare – è proprio quello della soggezione a bilanciamento dei valori fondamentali, specie per il modo con cui prendono forma giuridica attraverso i principi fondamentali che ne danno la prima e più genuina rappresentazione positiva (e, a cascata, attraverso le norme che ai principi stessi danno specificazione-attuazione). Ed è poi pur vero che, proprio in sede di operazioni di bilanciamento, la stessa *certezza*

<sup>26</sup> Riprendo ora, con ulteriori svolgimenti, alcune notazioni di recente svolte nel mio *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, in [Dirittifondamentali.it](http://Dirittifondamentali.it), 1/2019, 1 giugno 2019, dove si ribadisce che la certezza costituisce un punto di riferimento costante della riflessione filosofica e teorico-generale, oltre che di quella specificamente riguardante gli ambiti materiali delle singole discipline giuridiche [riferimenti, di recente, in prospettiva giusfilosofica, in G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, a cura di A. Apostoli e M. Gorlani, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 9 ss.; in prospettiva civilistica, v., poi, C. CAMARDI, *Certezza e incertezza del diritto nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2017, e, nell’ambito di una ricostruzione di ampio respiro, U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di “teoria generale del diritto”*, Pacini Giuridica, Pisa 2019, spec. 146 ss. Tra i costituzionalisti, un acceso confronto di punti di vista radicalmente divergenti si è di recente avuto tra R. BIN e me, nel corso di una intervista su *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in [Giustizia Insieme](http://GiustiziaInsieme.it), 10 aprile 2019; v., inoltre, ora, M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell’interpretazione e certezza del diritto*, cit., e C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss. È, poi, appena il caso qui di rammentare che ha molto insistito sulla certezza del diritto la giurisprudenza costituzionale, nell’indirizzo inaugurato dalla 269 del 2017, e la dottrina ad essa dichiaratasi favorevole: di recente, tra gli altri, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 18/2019, 2 ottobre 2019].

<sup>27</sup> Fa eccezione a questo canone fondamentale – come si è altrove rilevato – il principio “superconstituzionale” della dignità della persona umana, che nondimeno un’accreditata dottrina ritiene esso pure suscettibile di bilanciamento [nel primo senso, v., soprattutto, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., alle cui indicazioni si sono quindi richiamati, tra gli altri, C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino 2011, 239 ss.; G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015; C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 205 ss.; L. PEDULLÀ, *La dignità della persona nel prisma delle giurisdizioni*, in *Ann. dir. cost.*, Bononia University Press, Bologna 2017, spec. 157 ss.; nel secondo, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., del quale v. inoltre, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1270 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss. In tema, v., ora, A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell’ordinamento costituzionale*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 3/2019, 4 dicembre 2019, e, con specifico riguardo agli usi incerti ed oscillanti della dignità registratisi nella giurisprudenza costituzionale, R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](http://Forum di Quaderni Costituzionali), 26 novembre 2019. Con particolare attenzione alla condizione dei disabili, C. LEVORATO, *Aspetti giuridici della dignità umana nell’orizzonte della disabilità*, in questa [Rivista, Studi, 2019/III](http://Rivista, Studi, 2019/III), 662 ss. In tema, v., infine, in prospettiva comparata, G. POGGESCHI, *La dignità dell’uomo: l’ultima Thule o l’isola che non c’è?*, in *Scritti per Roberto Bin*, cit., 744 ss.].

del diritto in senso oggettivo è sollecitata a convertirsi ed a risolversi in *certezza dei diritti costituzionali*<sup>28</sup>, vale a dire nella effettività della loro tutela<sup>29</sup>, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto<sup>30</sup>.

Ferma questa naturale vocazione della certezza a disporsi al servizio dei diritti e, per ciò stesso, della Costituzione che nel riconoscimento dei diritti stessi ha il proprio cuore pulsante<sup>31</sup>, resta il fatto

<sup>28</sup> V., ancora una volta in prospettiva giusfilosofica, G. PINO, *In difesa del costituzionalismo dei diritti*, in *Lo Stato*, 10/2018, 59 ss., nonché il confronto avutosi tra lo stesso G. PINO e B. PASTORE nell'intervista su *La retorica dei diritti fondamentali?*, resa a R.G. Conti, in *Giustizia Insieme*, 10 luglio 2019.

<sup>29</sup> Sta qui la ragione del possibile superamento del giudicato, istituto – come si sa – per risalente tradizione storico-positiva pensato in funzione della salvaguardia della certezza del diritto, laddove quest'esito sia sollecitato dal sopravvenire di pronuncia della Corte europea che abbia acclarato la violazione dei diritti della persona nel processo [indicazioni, per tutti, in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. il cap. III della parte II, e, con specifico riguardo ai profili processualciviltistici, E. D'ALESSANDRO, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2018, 711 ss. e, ora, F. NOCETO, *Intorno alla sentenza CEDU in tema di violazione dei diritti umani e (ir)revocabilità del giudicato civile*, in *Pol. dir.*, 2/2019, 337 ss.].

<sup>30</sup> Sul “metaprincipio” della ricerca della massimizzazione della tutela dei diritti ha, specie negli anni a noi più vicini, particolarmente insistito una nutrita dottrina: *ex plurimis*, v. A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 222 ss., ma *passim*; G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 ottobre 2018; R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in questa *Rivista, Studi*, 2018/III, 626 ss.; T. MAZZARESE, *La giustizia del diritto secondo il costituzionalismo (inter)nazionale e una domanda apparentemente disorientante*, in *Lo Stato*, 11/2018, 78 ss.; V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Frosinone 2019; S. GAMBINO, *I diritti fondamentali fra Unione europea e Costituzioni nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. maggio 2019, 269 ss. Riserve sulla sua operatività sono manifestate da M. NISTICÒ, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 272 ss., e I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit., vers. provv. Risolutamente contrario, poi, al suo riconoscimento si è dichiarato R. BIN, in più scritti (di recente, in *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché nell'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, cit., e, infine, in *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *paper*, spec. al § 4, laddove – in nt. 15 – giudica “curioso” il richiamo da me spesso fatto all'art. 53 della Carta dell'Unione, assumendo che lo stesso fa unicamente divieto di utilizzare la Carta stessa al fine di *peggiore* la tutela dei diritti. A me pare, tuttavia, chiaro che non possa affatto escludersi, se non per un ingiustificato preorientamento, che il fatto stesso della posizione del divieto in parola implichi la possibilità dell'innalzamento della tutela stessa, così come d'altronde può aversi da parte della CEDU, secondo quanto è stato peraltro espressamente ammesso, ancora non molto tempo addietro, da *Corte cost. n. 20 del 2019*).

Fatico, inoltre, a comprendere (ed anzi, ad esser franco, non comprendo affatto) perché mai la tesi da me patrocinata sia da considerare “eversiva”, portando – a giudizio di B. – fatalmente all'esito di liberare i giudici dal laccio della esclusiva soggezione alla legge (in tema, da ultimo, la densa riflessione di V. ZAGREBELSKY, *Nozione e portata dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario e dei giudici Ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 6/2019, 3 dicembre 2019, 82 ss.). Non è, forse, vero, di contro, che è *proprio* la legge che ha reso esecutive in ambito interno le Carte stesse ad imporre agli operatori di portarle ad effetto a beneficio dei diritti, *anche* dunque nel disposto che è a fondamento della ricerca della miglior tutela? E, prima ancora, questa ricerca non è forse imposta *dalla stessa Costituzione* (spec. agli artt. 2 e 3) che altro non vuole che i diritti stessi siano appagati al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, sfruttando a pieno *tutti* i materiali positivi disponibili?

Una difesa del “metaprincipio” in parola può, di già, vedersi nell'intervista da me resa a R.G. Conti sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, cit., in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019, nonché nel mio *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, cit., spec. al § 4. Cfr., ancora in *Giustizia Insieme*, 8-9-10 maggio 2019, i punti di vista rappresentati da L. TRUCCO, G. MARTINICO e V. SCIARABBA, nell'intervista curata da R.G. Conti su *La Carta UE in condominio fra Corte costituzionale e giudici comuni. Conflitto armato, coabitazione forzata o armonico menage?*. Infine, v. le precisazioni che sono in A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in questa *Rivista, Studi*, 2019/II, spec. 364 ss., e, dello stesso, ora, *I diritti come ombrelli. Le implicazioni di una metafora*, in *Scritti per Roberto Bin*, cit., 729 s.; pure *ivi*, C. CARUSO, *L'interpretazione conforme alla Cedu e i “diritti a somma zero”*, 457 ss.; E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit.

<sup>31</sup> ... secondo la mirabile definizione datane nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

che i giudici sono tutti chiamati dal *munus* sugli stessi gravante a prestazioni al servizio della certezza stessa; e, per far ciò, sono tenuti a mostrarsi costantemente rispettosi di quello che ho altrove definito il canone fondamentale della “doppia coerenza”, *sincronica* (quale linearità degli svolgimenti e delle relative conclusioni rispetto alle premesse poste in seno ad una stessa decisione data) e *diacronica* (quale idoneità delle singole pronunzie aventi ad oggetto il medesimo caso in senso oggettivo a comporre degli “indirizzi” in senso proprio, connotati da uniformità di orientamenti)<sup>32</sup>.

Per l’aspetto ora considerato ed ambientando la questione qui fatta oggetto di un succinto esame al piano culturale, prima (e più ancora) che a quello positivo, a me pare che scemi di significato la distinzione pure usualmente operata tra *ratio decidendi* ed *obiter dictum*, assumendo che il vincolo del precedente discenderebbe specificamente dalla prima e non dal secondo o, quanto meno, sarebbe maggiore in quella piuttosto che in questo<sup>33</sup>.

In realtà, bisogna, una volta di più, verificare caso per caso come stanno davvero le cose. Disponiamo di *obiter* che hanno fatto la storia della giurisprudenza: ad es., di recente, quello contenuto in [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#) che ha inaugurato – come si sa – un nuovo indirizzo volto al “riaccentramento” – come ormai si è soliti dire – nella soluzione di questioni di “costituzionalità-eurounitarietà” specificamente riguardanti i diritti fondamentali, pur laddove si sia in presenza di antinomie tra norme interne e norme eurounitarie *self executing*<sup>34</sup>. Ed è bensì vero che la pronunzia suddetta è stata fatta oggetto di non secondari aggiustamenti da parte dello stesso giudice costituzionale (specie con alcune note pronunzie del 2019), che hanno evidentemente risentito di talune critiche non velate ad essa mosse tanto da alcuni studiosi<sup>35</sup> quanto dalla Corte di giustizia e,

---

<sup>32</sup> Così, con specifico riguardo alle decisioni della Consulta, nel mio *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, 1 ss., spec. 23 s.

Allo studio della motivazione delle pronunzie della Consulta si è, da noi, con profitto dedicato, part., A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996. Si è, però, fatto di recente notare che “la coerenza, in quanto assunta come valore in sé, può sconfinare nell’ostinazione se si traduce in imperativo morale impermeabile al ripensamento” (P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista, Studi 2019/II*, 369). Si può tuttavia replicare che il “ripensamento” in parola, laddove dovesse aversi malgrado sia rimasto nel frattempo immutato il quadro fattuale e normativo di partenza (la “situazione normativa”), verrebbe fatalmente considerato quale pura espressione di autoritarismo giudiziario, indebitamente discriminatorio nei riguardi di soggetti che versino nella medesima condizione.

<sup>33</sup> Così ancora A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 729. In tema, acuti rilievi sono in C. SALAZAR, *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule “antiche” (forse troppo) per un processo “nuovo” (ma non troppo)?*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 305 ss. e A. SAITTA, *op. ult. cit.*, 175 ss.

<sup>34</sup> Se n’è di recente animatamente discusso nel corso del Seminario su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit. Adde, poi, ora, lo scambio dei punti di vista intercorso tra R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distruggo un po’)*. *In dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”*, in questa *Rivista, 2019/III*, 644 ss. e me, *Caro Roberto, provo a risponderti sulla “doppia pregiudizialità” (così mi distruggo un po’ anch’io...)*, pure *ivi*, 678 ss.

<sup>35</sup> Hanno, tra i molti altri, fatto il punto sullo stato della discussione, di recente, R.G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s’ha da fare o no?*, in *Giustizia Insieme*, 4 marzo 2019; F. SALMONI, *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen e ruolo accentrato della Consulta L’integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla “conformità” alla Costituzione e la mera “compatibilità” con la Carta dei diritti fondamentali dell’UE*, in *Federalismi.it*, 8/2019, 17 aprile 2019, e, della stessa, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2019, 388 ss.; G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 10/2019, 22 maggio 2019; pure *ivi*, S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, e, dello stesso, ora, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità Osservazioni a margine dell’opportuna scelta compiuta con l’ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 4/2019, 2 luglio 2019; O. POLLICINO - G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019*. A ciascuno il suo: *ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 434 ss.; G. REPETTO, *Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell’UE*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 255 ss., e, dello stesso, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 25 ottobre 2019; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale*

soprattutto, da alcuni esponenti della magistratura<sup>36</sup>, i quali ultimi in particolare hanno rilevato in alcune loro decisioni il carattere non vincolante del *decisum* proprio con il rilievo che, trattandosi di un *obiter*, non faceva precedente. Di quest'avviso, tuttavia, non si è dichiarata la Consulta che – come si diceva –, pur facendo luogo a talune, significative messe a punto della indicazione data con la pronuncia suddetta, ha mostrato in buona sostanza di considerarla un riferimento imprescindibile per la futura giurisprudenza.

Di qui, la conferma del ruolo “forte” dalla Consulta assegnato ai propri precedenti *visti nella loro “totalità”*; un ruolo che, nondimeno, è poi nei fatti sottoposto a verifica secondo i casi, tant'è che, come subito si dirà, laddove il giudice delle leggi reputi di doversi allontanare da precedenti orientamenti e non riuscendo altrimenti a raggiungere lo scopo, si trova obbligato ad immolare sull'altare del fine il mezzo processuale di volta in volta in rilievo.

4. *Gli scostamenti, viepiù frequenti e marcati, per mano del giudice (in ispecie, di quello costituzionale) dai canoni che presiedono all'esercizio delle sue funzioni, la conseguente, esasperata “politicizzazione” dell'esercizio delle funzioni stesse, i casi di manipolazione del diritto politico da parte del diritto giurisprudenziale, nonché di manipolazione interna a quest'ultimo (che alle volte si risolve nel ripristino del vigore di un diritto politico dapprima alterato)*

---

completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa, in [Federalismi.it](#), 13/2019, 10 giugno 2019; M. GALIMBERTI, *La quiete dopo la tempesta? I diritti fondamentali alla prova della doppia pregiudizialità nella recente giurisprudenza costituzionale*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019, 1 luglio 2019; V. CASAMASSIMA, *I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica). Riflessioni intorno ad alcuni recenti sviluppi in materia di rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e giudici comuni*, in [Rivista AIC](#), 3/2019, 10 luglio 2019, 404 ss., spec. 428 ss.; A.M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controlimiti*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019, 16 luglio 2019; L. CAVALLARO, *Le carte e le corti. Note minime su alcune recenti pronunce della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in materia di efficacia della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2019, spec. § 3; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2019, e, nella stessa *Rivista*, M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*; G. TESAURO - P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in [AISDUE](#), 1/2019, 6 maggio 2019, 27 ss., e, pure *ivi*, C. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, 3 settembre 2019, 55 ss., spec. 70 ss.; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 615 ss.; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 3/2019, 23 settembre 2019, 642 ss.; F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, *cit.*; V. SCIARABBA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, [Studi 2019/III](#), 538 ss., spec. 551 ss. Particolare rilievo è, poi, da assegnare alla ricostruzione della vicenda avviata da [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#) che è in F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 487 ss. Infine, v. i contributi al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sindacato “accentrato” di costituzionalità*, *cit.*; C. PADULA, *Il ruolo della Corte costituzionale fra entropia e discrezionalità. Riflessioni sulla sent. n. 269/2017 e sui casi relativi alle elezioni politiche*, in *Scritti per Roberto Bin*, *cit.*, 545 ss.; gli scritti di R. ROMBOLI e il mio, *citt. in nt. prec.*

<sup>36</sup> Pressoché coeva alla 269 è Corte giust., Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global Starnet*; v., inoltre, Grande Sez., 24 ottobre 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*, e 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*. Quanto alla giurisprudenza interna, v., spec., Corte Cass., sez. lav., 10 gennaio 2019, *Canestri c. ICCREA Banca*, ric. 2553-2014, pp. 47-48; della stessa Cass., sez. lav., v., già, nn. 12108 e 13678 del 2018. È pur vero però – come segnala R. ROMBOLI, *ult. cit.*, 652 – che si danno altresì pronunzie dei giudici comuni favorevoli all'indirizzo inaugurato dalla 269. Sta di fatto, tuttavia, che fanno complessivamente difetto proprio quei casi di congiunta denuncia di violazione della Carta dell'Unione (e/o fonte ad essa “connessa”) e della Costituzione che sono stati prefigurati dalla decisione suddetta; la qual cosa, a parer mio, alimenta il sospetto che possa farsi non di rado ricorso a tecniche interpretative forzate pur di non far luogo alla prospettazione di questioni di “costituzionalità-eurounarietà”. Questa eventualità, ad ogni buon conto, potrebbe essere, se non del tutto scongiurata, in rilevante misura arginata grazie al riconoscimento in modo esplicito fatto da [Corte cost. sentt. n. 20 e 63 del 2019](#) al giudice della facoltà di esercitare nell'ordine temporale ritenuto opportuno le due pregiudizialità, per quanto il riconoscimento stesso si esponga al piano teorico ad alcuni rilievi critici, specie laddove il giudice dovesse nell'atto introduttivo del giudizio di costituzionalità prendere atto che la norma eurounitaria sospetta di essere violata presenti carattere *self executing*.

Vengono in tal modo a prendere forma quegli scostamenti dai canoni processuali, di cui si faceva poc' anzi parola<sup>37</sup>: la testimonianza davvero più eloquente della tendenza a far emergere con prepotenza l' "anima" politica su quella giurisdizionale della Corte<sup>38</sup> e, allo stesso tempo – per ciò che specificamente importa –, a dar modo al diritto giurisprudenziale di affermarsi a discapito del diritto politico, fino al punto di soffocarlo e svuotarlo di pratico senso, pur laddove – si faccia caso – gli atti che ne sono espressione siano mandati assolti dal sindacato di costituzionalità<sup>39</sup>.

Ancora una volta, dell' esperienza ora in esame si ha riscontro tanto nei casi in cui al superamento dei canoni processuali consegua l' annullamento (con o senza manipolazioni) dell' atto sottoposto a giudizio quanto in quelli in cui esso sia invece mandato assolto, vuoi per la ragione che la situazione di fatto (in ispecie una emergenza da fronteggiare) obbliga a quest' esito e vuoi ancora (e non di rado) perché alla mancata caducazione dell' atto si accompagna la sua sostanziale riscrittura per via d' interpretazione.

Non mi stancherò di ripetere un concetto che mi sta molto a cuore mettere in chiaro, e cioè che le manipolazioni maggiormente incisive e rilevanti sono non poche volte proprio quelle che non portano

---

<sup>37</sup> Tra gli studiosi che hanno più volte e con dovizia di argomenti denunciato i rischi legati a questa esperienza che ricorre con crescente frequenza, v., part., R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2995 ss.; *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 607 ss., e *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l' anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l' anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura dello stesso Romboli, Giappichelli, Torino 2017, 10 ss. Con specifico riguardo all' uso alquanto disinvolto fattosi della rilevanza (specie ad opera della giurisprudenza in materia elettorale), v., tra gli altri, G. REPETTO, *Il canone dell' incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 127 ss.; G. D' AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 67 ss.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 131 ss. e 151 ss., nonché, ora, A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 26 novembre 2019, 161 ss., e, con notazioni di ordine generale, G. REPETTO, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale*, Intervento al Convegno su *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, Torino 17-18 ottobre 2019, in *paper*. Infine, i contributi alla terza sessione dei nostri lavori su *Il diritto processuale giurisprudenziale*, introdotti e coordinati da P. COSTANZO, che si è, tra l' altro, soffermato con opportuni rilievi sui non pochi casi d' integrazione dei canoni, costituzionali e legislativi, ad opera dei giudici (in ispecie di quelli costituzionali), concludendo nel senso che la manipolazione del processo da parte della Consulta si deve al bisogno da quest' ultima avvertito di "darsi nuovo smalto" (v., poi, gli interventi di G. BATTAGLIA, *Il diritto giurisprudenziale quale fattore di "permeabilità" dei processi materialmente costituzionali delle libertà: la partecipazione al contraddittorio costituzionale e convenzionale di soggetti diversi dalle parti nel dialogo tra le Corti*, e L. MADAU, *Il diritto processuale costituzionale giurisprudenziale. Recenti tendenze*).

<sup>38</sup> Questo trend è rilevato, con non celata preoccupazione, da una nutrita schiera di studiosi (tra gli altri, C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bononia University Press, Bologna 2012; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell' evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit.; G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2017; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss. (e, su quest' ultimo, lo scritto di R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, cit.). Infine, in prospettiva comparata, per tutti, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti - E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018).

Sul *mix* di giurisdizione e politica che connota la struttura stessa e il quotidiano operare della Corte, v., di recente, A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., 154 ss.

<sup>39</sup> Quest' esito è, peraltro, agevolato dal fatto che tra i parametri costituzionali dei quali è denunciata la violazione non ricorre abitualmente il principio della separazione dei poteri (quanto meno, non si ha nei giudizi sulle leggi).



alla invalidazione dell'atto, in quanto per ragioni varie non invalidabile<sup>40</sup>, prendendo forma attraverso il suo sostanziale rifacimento per via d'interpretazione. Un'esperienza, questa, all'apparenza di formale deferenza da parte del diritto giurisprudenziale nei riguardi del diritto politico, nella sostanza invece di subdolo svuotamento dello stesso, piegato alle complessive esigenze del caso.

È interessante notare che talora la manipolazione dell'atto ovvero della sua sostanza normativa è frutto di una "catena" di pronunzie giurisprudenziali concorrenti a quest'esito, specie laddove ad una prima pronunzia di principio di un giudice facciano seguito altre in funzione – come si diceva – "attuativa" della stessa, con le quali cioè prenda forma la produzione delle regole adeguate ai singoli casi<sup>41</sup>; altre volte, invece, si assiste a manipolazioni interne al diritto giurisprudenziale, che potrebbero anche portare al surrettizio ripristino di un diritto politico dapprima sostanzialmente rifatto. La qual cosa, poi, è di particolare rilievo laddove investa lo stesso dettato costituzionale.

Due soli esempi, al riguardo, tra i molti che potrebbero essere adottati a testimonianza di queste vicende.

Si pensi, dunque, alla manipolazione patita per mano del giudice remittente da [Corte cost. sent. n. 170 del 2014](#), in relazione alla condizione del coniuge transessuale. La parte motiva della decisione suddetta stabiliva infatti in modo inequivocabile la impossibilità del mantenimento dello *status* coniugale, pur ammonendo il legislatore a far luogo ad un sollecito intervento volto a dare appagamento alle aspettative degli ormai *ex* coniugi, a motivo del "pregresso vissuto" dalla coppia. Di contro, il giudice remittente dava "seguito" alla decisione stessa con una doppia e contemporanea manipolazione che portava all'effetto della "invenzione" di un istituto che non aveva (e non ha) possibilità di affermarsi, il *matrimonio a tempo*<sup>42</sup>: a danno della previsione legislativa relativa all'immediata cessazione del vincolo matrimoniale conseguente alla trascrizione dell'avvenuto mutamento del sesso ed a danno della decisione della Consulta.

Il secondo esempio è dato dalla discussa vicenda della *Robin tax*, fatta oggetto di una singolare pronunzia della Consulta, la 10 del 2015, forse proprio quella maggiormente emblematica, unitamente alle decisioni in materia elettorale ed a quelle adottate in *Cappato*, di quello scostamento del giudice costituzionale dai canoni processuali cui si è fatto sopra cenno. Ebbene, com'è stato da molti fatto notare, qui il diritto giurisprudenziale venuto a formazione presso la Consulta ha addirittura portato al risoluto ed inopinato accantonamento del meccanismo di base della incidentalità, essendo stata sollecitata l'autorità remittente a fare ugualmente applicazione nel giudizio principale della norma di legge pur dichiarata costituzionalmente illegittima; ciò che, però, ha determinato la ferma reazione dell'autorità stessa, rifiutatasi di dar seguito a siffatta indicazione-*monstre*. Il vigore del canone vilipeso dalla Corte è stato così ripristinato dal giudice remittente<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> ... ad es., in presenza del limite, pure concettualmente evanescente e come tale suscettibile di assai varie applicazioni, del rispetto della discrezionalità del legislatore (messo tuttavia, ancora da ultimo, risolutamente da canto da [Corte cost. sent. n. 242 del 2019](#) su *Cappato*) ovvero, come si diceva, perché il contesto in cui la questione s'inscrive non lo consente [sul limite in parola, riferimenti possono ora aversi A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2019, 25 novembre 2019, 91 ss., e A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., spec. 154 ss.; il superamento del limite stesso nella pronunzia su *Cappato* è criticamente rilevato nella mia nota dal titolo *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in [Giustizia Insieme](#), 27 novembre 2019; giudica "audace" l'addizione normativa operata dalla 242 anche una sensibile dottrina che, nondimeno, ad essa guarda con favore: P. VERONESI, *"Ogni promessa è debito": la sentenza costituzionale sul "caso Cappato"*, in [Giustizia Insieme](#), 11 dicembre 2019, § 4 ss.].

<sup>41</sup> In circostanze siffatte all'effetto dei singoli atti costitutivi della "catena" si aggiunge, sovrastandoli, l'effetto unitario della "catena" stessa che tutti in sé li riassume e comprende, dandovi pratico senso.

<sup>42</sup> ... un tempo, peraltro, incerto sia nell'*an* che nel *quando*, dipendendo esclusivamente dal legislatore la disciplina della condizione della coppia in parola; ciò che – come si sa – si è avuto solo nel 2016.

<sup>43</sup> Sulla vicenda (e, in generale, sulle "disobbedienze" dei giudici nei riguardi dei verdetti della Consulta), v., di recente, G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema di giustizia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2019, 3 giugno 2019, 383 ss., e, ora, F. SPAGNOLI, *Manipolazione degli effetti*

Queste note vicende, qui richiamate unicamente per quanto è di specifico interesse ai fini dello studio che si va ora facendo, insegnano molte cose. Rendono conferma della insofferenza sempre più di frequente dimostrata dalla Corte nei riguardi delle regole che presiedono all'esercizio delle sue funzioni e, allo stesso tempo, della sfiducia circa la possibilità che le regole stesse siano rese dal legislatore maggiormente flessibili ed adattate ad un contesto in cui, per l'una o per l'altra ragione, non è opportuno che se ne abbia la rigorosa osservanza. Rendono altresì conferma che il mancato intervento del legislatore spiana la via a dinamiche interne al mondo della giurisdizione aperte ad ogni possibile esito, nel segno della reciproca cooperazione e del rispetto della tipicità dei ruoli come pure però in quello della divergenza degli orientamenti e persino dell'aperto conflitto. Rendono soprattutto conferma della vitalità di un diritto giurisprudenziale a fronte di un diritto politico che si presenta sempre più spento, indolente, rassegnato davanti alla intraprendenza del primo. Il punto è però che, proprio per ciò, il diritto giurisprudenziale sempre di più si allontana, alle volte frontalmente contrastandolo, dal modello per esso delineato nella Carta, andando quindi soggetto ad un'autentica *mutazione genetica* nel segno della sua complessiva, corposa "politicizzazione"<sup>44</sup>.

È infatti evidente che, specie laddove si assiste alla messa da canto dei canoni che danno il volto del giudice e ne marciano i lineamenti, viene per ciò solo meno il principio della esclusiva soggezione del giudice alla legge, nel suo fare tutt'uno con il principio della separazione dei poteri; ed è chiaro che al fine di poter essere centrato l'obiettivo avuto di mira occorre dar fondo a tutte le risorse argomentative di cui l'operatore dispone, facendosene un uso ora più ed ora meno raffinato e persuasivo. Le innovazioni maggiormente incisive – come si è veduto – sono, infatti, proprio quelle che determinano sostanziali manipolazioni dei parametri costituzionali, seppur abilmente mascherate da un utilizzo sapiente dell'argomentazione giuridica.

##### *5. La comparazione giuridica e l'interpretazione conforme: due tecniche argomentativo-decisorie multiuso, nel quadro della relazione complessa tra diritto giurisprudenziale e diritto politico*

In questo quadro, il ricorso, viepiù frequente, alla comparazione giuridica<sup>45</sup> è, per la sua parte, rivelatore dell'intento del giudice di colmare strutturali carenze dei testi di legge e persino – come si è veduto – della stessa Costituzione attingendo appunto ad esperienze altrove affermatesi.

Sia chiaro. Non sempre le cose stanno così come sono qui, con eccessiva semplificazione, rappresentate. La comparazione, insomma, non è sempre un indice eloquente della emersione dell'"anima" politica a discapito di quella giurisdizionale del giudice in genere e costituzionale in ispecie: al pari di ogni tecnica decisoria, è infatti un'arma multiuso; si tratta, dunque, di vedere di volta in volta quale utilizzo se ne fa ed a quale fine esso è piegato<sup>46</sup>.

Una delle sue più interessanti (a finalità teorico-ricostruttiva) espressioni è quella che si ha quando si fa ricorso alla comparazione in sede d'interpretazione conforme, tanto se indirizzata verso fonti aventi origine esterna (internazionali ed eurounitarie) quanto se orientata verso la Costituzione (o

---

*temporali delle sentenze e creatività giurisprudenziale: la sentenza n. 10/2015 della Corte costituzionale e i suoi "modelli" stranieri*, intervento ai lavori della quinta sessione della nostra Giornata, dedicata a *Diritto giurisprudenziale e comparazione giuridica*, introdotti e coordinati da V. BARSOTTI.

<sup>44</sup> Condivido, dunque, il severo appunto critico mosso da M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, cit., specificamente laddove (365) rileva che "il legislatore pavido e neghittoso non deve fare il giudice temerario e onnipotente"; non condivido, invece, come si è venuti dicendo, che si escluda *sempre ed in ogni caso* la giurisprudenza dal novero delle fonti del diritto.

<sup>45</sup> ... fatta oggetto di studio nel corso della quinta sessione della nostra Giornata su *Diritto giurisprudenziale e comparazione giuridica*.

<sup>46</sup> Non si dimentichi, peraltro, che in alcuni ordinamenti, quale quello sudafricano, del metodo comparativo si fa espressa menzione in Costituzione (riferimenti nella introduzione di V. BARSOTTI, cit.).

fonti interne interposte)<sup>47</sup>. All'interpretazione teleologicamente orientata si fa, infatti, non di rado ricorso al fine di colmare strutturali carenze del diritto politico; e l'ispirazione da modelli adottati presso altri ordinamenti può rivelarsi al riguardo preziosa. Non poche volte, poi, l'una specie d'interpretazione orientata viene in soccorso dell'altra ovvero racchiude già in sé, pur non esibendoli alla luce del sole, i frutti della comparazione.

Si pensi ad es. alle c.d. tradizioni costituzionali comuni che si pongono – com'è noto – quale il prodotto di una originale selezione ed elaborazione ad opera della Corte di giustizia dei materiali attinti dagli ordinamenti nazionali<sup>48</sup>; per ciò solo, per un verso, evocano in campo la comparazione e,

<sup>47</sup> La tecnica in parola ha attratto – come si sa – l'attenzione di molti studiosi che ad essa si sono dedicati anche con contributi di respiro monografico [solo per una prima indicazione, tra gli scritti di recente apparsi, v., almeno, G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle “questioni di interpretazione” in questioni di legittimità costituzionale*, in questa *Rivista, Studi 2016/II*, 293 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, cit., 99 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, cit., 37 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2018, e, dello stesso, ora, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, relaz al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit., e, pure ivi, l'intervento di A.I. ARENA, *Interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità. Una ricostruzione (Appunti minimi)*, entrambi in *Rivista del Gruppo di Pisa*; G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 555 ss. Con specifico riguardo all'interpretazione orientata a CEDU, v., poi, P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018; C. CARUSO, *Il “posto” della interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1985 ss., e, dello stesso, ora, *L'interpretazione conforme alla Cedu e i “diritti a somma zero”*, 457 ss.; R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu* cit., 624 ss.; L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la “giustizia del caso singolo”*, in AA.VV., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, a cura di R. Romboli e mia, Giappichelli - Tirant lo Blanch, Torino - Valencia 2019, 83 ss., spec. 99 ss.; V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, cit., spec. al cap. IV, e, dello stesso, *L'“interpretazione conforme” tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 14 maggio 2019. Infine, quanto all'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, v., almeno, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015; V. PICCONE, in più scritti, tra i quali, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di “sutura” post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Diritti Comparati*, 16 marzo 2018, 298 ss.].

<sup>48</sup> Riferimenti in O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero la incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, 1073 ss.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss., nonché i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017; G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco” tra revirements e questioni irrisolte*, in questa *Rivista, Studi 2018/II*, 347 ss.; G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, 11/2018, 23 maggio 2018; P. DE PASQUALE, *Rapporti tra le fonti di diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec., maggio 2019, 200 ss.; S. NINATTI, *Dalle tradizioni costituzionali comuni all'identità costituzionale il passo è breve? Riflessioni introduttive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 11 novembre 2019, 31/2018, 102 ss.; M. FICHERA - O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 20(8), 2 dicembre 2019, 1097 ss.

per un altro verso, mettono in reciproco collegamento l'interpretazione conforme al diritto eurounitario e quella conforme a Costituzione.

Quel che è certo è che l'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale e l'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, unitamente ad alcuni fattori di contesto (tra i quali particolare rilievo è da assegnare alla recrudescenza di plurime e concorrenti emergenze, da quella terroristica a quella economica, ambientale, migratoria, ecc.), concorrono ad un duplice esito: il ravvicinamento sempre più marcato (e rilevato con varietà di toni in una nutrita letteratura) tra *civil* e *common law*, al quale un non secondario concorso è appunto venuto (e viene) dall'uso viepiù intenso della comparazione, e la diffusione ed emersione, alle volte in forme fin troppo vistose e persino esasperate, del diritto giurisprudenziale a discapito del diritto politico.

Si tratta – com'è chiaro – di due cose tra di loro strettamente collegate e, a conti fatti, inscindibili, che per la loro parte testimoniano la tendenza del diritto eurounitario e dello stesso diritto internazionale alla loro “costituzionalizzazione” e del diritto costituzionale (e, in generale, interno) alla “internazionalizzazione” ed “europeizzazione”.

In questo quadro, qui molto approssimativamente abbozzato, la comparazione si propone con centralità di posto. La crisi dello Stato nazionale si rispecchia anche nella crisi della interpretazione “chiusa” all'interno di un ordinamento dato e nel bisogno, perciò, del ricorso a metodi di lettura degli enunciati – in specie di quelli materialmente costituzionali, contenuti nelle Carte dei diritti, tra le quali principalmente la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo<sup>49</sup> – “aperti” e reciprocamente integrati.

Più volte ho fatto richiamo, nelle mie riflessioni dedicate ai rapporti interordinamentali, di una ispirata indicazione contenuta in [Corte cost. sent. n. 388 del 1999](#), nella quale è fatto obbligo ai giudici ed agli operatori in genere di intendere e far valere la Costituzione e le altre Carte dei diritti *integrandole reciprocamente nella interpretazione*<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Ampiamente rilevata in dottrina la proprietà in parola delle Carte diverse dalla Costituzione, come pure (e specularmente) il carattere materialmente costituzionale delle Corti che ne sono garanti, ma non fanno difetto le voci di dissenso rispetto a quest'orientamento, anche ad opera di accreditati studiosi [v., dunque, nel primo senso, tra gli altri, O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti - V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.; AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; G. REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa e M.G. Civinini, in *Questione Giustizia*, spec., aprile 2019. Fanno, da ultimo, il punto sulla questione A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Jovene, Napoli 2019, e E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), che discorre di un'“anima” costituzionale della Corte EDU. Quanto, poi, specificamente alla Corte dell'Unione, risolutamente contrari al suo accostamento alla Corte costituzionale si sono, tra gli altri, dichiarati M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2017, 21 aprile 2017, spec. l'ult. par., e G. MARRA - M. VIOLA, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali. Riflessioni in merito all'ordinanza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 117*, in *Dir. pen. cont.*, 8-9/2019, spec. 154 ss., nonché in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 12 luglio 2019].

<sup>50</sup> Ancora oggi, tuttavia, questo programma e metodo d'azione tarda a concretarsi (o, per dir meglio, se ne hanno riduttive e persino asfittiche realizzazioni). Quand'anche, infatti, siano portate alla cognizione della Corte questioni “complesse”, nelle quali cioè si denuncia la congiunta violazione di norme della Costituzione e di altre Carte, marcata è la tendenza del giudice delle leggi a proiettare in primo piano le prime e, il più delle volte, dunque a risolverle sulla base dei soli parametri interni, facendo quindi luogo alla tecnica dell'assorbimento dei vizi per ciò che concerne la lesione dei restanti. Della qual cosa si è, ancora di recente, avuto riscontro nella [sent. n. 242 del 2019](#) con cui è stato chiuso il caso

In questa cornice metodico-teorica, non ha alcun senso, a mio modo di vedere, seguitare stancamente a proporre schemi che ci consegnano immagini piramidali dei rapporti tra gli ordinamenti e, dunque, tra le loro fonti, a partire da quelle di vertice. Non ha infatti senso – a me pare – prefigurare una subordinazione gerarchica della Carta dell’Unione alla Costituzione, sia pure limitata ai soli principi fondamentali di questa, e, più ancora, della CEDU (e, a quanto pare, di ogni altra Carta internazionale<sup>51</sup>) all’intera Costituzione, assumendo che essa abbia rango “subcostituzionale”. La qual cosa fa a pugno, per un verso, con la natura “tipicamente costituzionale” riconosciuta espressamente a beneficio della Carta dell’Unione dalla già richiamata [sent. n. 269 del 2017](#), una natura che, per la materia trattata e per il modo della sua trattazione, è chiaramente da considerare comune altresì alla CEDU e ad ogni altra Carta<sup>52</sup>.

Se, poi, si tiene fermo il mutuo integrarsi nei fatti interpretativi di tutti tali documenti materialmente costituzionali, se ne ha l’impossibilità di tenere distinte le interpretazioni dei testi di legge ad essi orientate. L’interpretazione conforme, insomma, come vado da tempo dicendo, o è *circolarmente conforme* oppure semplicemente non è.

*6. La struttura internamente articolata e composita dell’identità costituzionale sia dello Stato che dell’Unione europea, il mutuo sostegno che le giurisprudenze sono chiamate a darsi in ordine alla messa a punto dell’identità stessa, il conseguente rinvigorismento del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto politico*

Si tocca qui uno dei nervi scoperti della riflessione teorica di maggior significato al piano delle relazioni interordinamentali, specificamente laddove ne sia riguardata la stessa identità costituzionale sia dello Stato che degli ordinamenti con i quali questi entra in rapporto, a partire dall’Unione.

Non posso qui nuovamente riprendere un punto che ho altrove toccato. Mi limito solo a richiamare l’esito teorico-ricostruttivo raggiunto da precedenti indagini<sup>53</sup>; ed è che, per effetto del principio fondamentale di apertura dell’ordinamento statale al diritto internazionale ed al diritto sovranazionale, come pure di questi a quello, nella struttura dei principi costitutivi dell’identità di ciascun ordinamento s’immettono materiali normativi e giurisprudenziali provenienti *ab extra*.

Ora, poiché i documenti maggiormente espressivi dell’identità in parola sono le Carte dei diritti e queste – come si è rammentato – richiedono di alimentarsi in modo incessante semanticamente a vicenda, se ne ha che alla messa a punto dei principi suddetti danno il loro concorso tutte le Corti che delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti e, in genere, quanti concorrono alla formazione ed all’incessante rinnovamento del patrimonio culturale di ciascun ordinamento.

---

*Cappato* [ho deplorato questo modo di (*non*) utilizzo delle Carte nel mio *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit.].

<sup>51</sup> Non si vede, infatti, la ragione di un eventuale trattamento discriminatorio riservato a tali Carte (segnatamente a beneficio della Convenzione ed a discapito delle altre), oltre che per la ragione subito indicata nel testo a riguardo della medesima natura e struttura posseduta da tutti tali documenti normativi, per il fatto che essi comunque si dispongono sotto la “copertura” dell’art. 117, I c., e, più ancora, a mio modo di vedere, degli artt. 2 e 3, nel loro fare “sistema” con i restanti enunciati espressivi di principi fondamentali a garanzia dei diritti.

<sup>52</sup> È sufficiente, dunque, addurre già solo questo dato, del quale prende atto la stessa giurisprudenza costituzionale, a sostegno della tesi della natura “plurale” dei documenti costituzionali (e, per ciò stesso, della loro parità), nella quale da tempo mi riconosco e che è però fatta di sovente oggetto di critica da parte di più di un autore, anche assai attento e scrupoloso (come, da ultimo, O. CHESSA, *Alcune osservazioni critiche al «pluralismo costituzionale» di Antonio Ruggeri*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 11 ottobre 2019).

<sup>53</sup> ... tra le quali quelle che sono nei miei *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 ottobre 2017, e *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.

Si pensi solo a ciò che dispone l'art. 4.2 TUE: un disposto fatto oggetto – come si sa – di plurimi punti di vista, anche sensibilmente divergenti<sup>54</sup>. Sta di fatto che, laddove la Corte di giustizia dovesse essere chiamata a pronunciarsi sul rispetto del disposto in parola da parte di un atto dell'Unione, non potrebbe che prestare attenzione a come il principio evocato in campo dal caso è inteso e fatto valere nell'ordinamento di appartenenza, specie (ma – si badi – non solo) ad opera del giudice costituzionale, il più accreditato interprete dei principi di struttura dell'ordinamento interno, principi tra i quali v'è anche quello dell'apertura al diritto avente origine esterna. Allo stesso tempo, però, il principio di cui all'art. 4.2 fa “sistema” con i principi eurounitari restanti, alla cui composizione concorrono altresì le tradizioni costituzionali comuni. Insomma, si dà un flusso ininterrotto di mutuo dare-avere tra gli ordinamenti, del quale il maggior riscontro si ha proprio al piano apicale degli ordinamenti stessi, quello in cui si situano ed operano i loro principi di base. La qual cosa conferma *per tabulas* il carattere aperto e dinamico della identità costituzionale di ciascun ordinamento (di quello statale come pure di quello dell'Unione) che è nel suo incessante rinnovarsi e rigenerarsi, anche alla luce degli apporti venuti *ab extra*.

Il punto è di cruciale rilievo; e dimostra che, al di là degli effetti imputabili alle pronunzie di questa o quella Corte e dei vincoli che possono aversene a carico di altre Corti, v'è un “sommerso” praticamente inesplorabile (o, comunque, assai difficile da portare, sia pure in parte, alla luce), costituito da forme varie d'incidenza culturale che si hanno lungo i canali che collegano l'uno agli altri ordinamenti.

I rapporti tra le Corti – come sappiamo – possono essere di mutuo sostegno ed alimento come pure di scontro, alle volte anche assai aspro. Quel che, nondimeno, è certo è che, per il solo fatto di esservi e di comporre una rete sempre più estesa e fatta a maglie molto fitte, se ne ha il costante rinvigorismento del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto politico.

Le cause della perdita di peso di quest'ultimo – come qui pure si è fatto notare, sia pure solo per alcuni aspetti – sono molteplici e non possono essere ora nuovamente indagate. Al fondo, con specifico riferimento alla forma di diritto politico per antonomasia, quello legislativo, si hanno talune

---

<sup>54</sup> Variamente, tra gli altri, F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino 2013; V. CAPUOZZO, *Il rinvio pregiudiziale nel binomio omogeneità europea e identità nazionali: recenti tendenze nella giurisprudenza e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 1/2016, 85 ss.; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e, dello stesso, ora, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 333 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l'interpretazione dell'“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 20/2018, 24 ottobre 2018, spec. §§ 5 e 6; F.-X. MILLET, *Plaidier l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 831 ss.; v., inoltre, i contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna - C. Fasone - G. Piccirilli, in *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018, 205 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, ESI, Napoli 2018, spec. 82 ss. e 163 ss.; C. PANZERA, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della “doppia fedeltà”. L'esperienza italiana*, Relaz. al Convegno del “Gruppo di Torino” su *La Constitución como pacto*, Valencia, 23 marzo 2019, in *Rev. gen. der. cost.*, 29/2019; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, cit., 338 ss., e, della stessa, *Unità nella diversità o diversità nella unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC.it), 2/2019, 9 giugno 2019.

acclerate e vistose carenze della rappresentanza politica<sup>55</sup> e intollerabili ritardi nel venire incontro ad aspettative largamente ed intensamente avvertite in seno alla comunità governata, specie con riguardo ai nuovi diritti, molti dei quali lasciati sguarniti di tutela ovvero dotati di una tutela palesemente inappagante.

Tocca, dunque, ai giudici far luogo a quel ruolo di “supplenza” su cui sono stati versati fiumi d’inchiostro<sup>56</sup> che, tra gli altri effetti negativi, comporta quello di far luogo ad un *vulnus* grave, seppur alle volte non sempre immediatamente visibile, al principio della separazione dei poteri e, *per ciò stesso*, ai diritti fondamentali la cui salvaguardia necessita il mantenimento del principio stesso.

*7. La tipizzazione dei ruoli istituzionali, secondo modello, le torsioni registratesi nell’esperienza, il bisogno di tener ferma la esclusiva soggezione del giudice alla legge pur nella varia intensità dei vincoli da questa discendenti a carico di quello*

---

<sup>55</sup> Se ne discorre – come si sa – da tempo e con varietà di prospettive e di orientamenti [tra i molti altri e di recente, v. AA.VV., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, a cura di P. Bilancia, Giappichelli, Torino 2018; A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Dir. cost.*, 1/2018, 95 ss., e, dello stesso, *amplius*, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino 2018; F. GIRELLI, *Il mandato parlamentare e lo spazio della sua “libertà”*. Per una lettura combinata degli artt. 67 e 68 della Costituzione, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., spec. 423 ss., e, dello stesso, *Pluralismo e Limite (al potere e per l’altro): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo*, in questa *Rivista*, *Studi 2019/III*, 481 ss.; G. MARTINICO, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in *Quest. giust.*, 1/2019, 71 ss., e, dello stesso, ora, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, Giappichelli, Torino 2019, spec. 113 ss.; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in questa *Rivista*, *Studi 2019/II*, 249 ss. e, dello stesso, *L’incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *Federalismi.it*, 12/2019, 19 giugno 2019; F. VECCHIO, *Lo Stato costituzionale in pericolo: crisi della rappresentanza e istituzioni giudiziarie sotto attacco*, in AA.VV., *La sovranità in Europa*, a cura di M. Blancato e G. don Di Rosa, Quad. di Notabilis, giugno 2019, 33 ss.; T. FENUCCI, *Riflessioni sul populismo*, in *Federalismi.it*, 14/2019, 17 luglio 2019; C. FUSARO, *L’ascesa del populismo in Europa. Italia, la terra promessa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 agosto 2019; F. BILANCIA, *Democrazia, interessi economici e Costituzione*, in AA.VV., *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, a cura di F. Bassanini - F. Cerniglia - F. Pizzolato - A. Quadrio Curzio - L. Vandelli, Il Mulino, Bologna 2019; A.G. LANZAFAME, *La vis expansiva della rappresentanza. Forme di governo, vocazione presidenziale, resistenze costituzionali*, Giappichelli, Torino 2019; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale fra lex e ius*, Mucchi, Modena 2019; M. BARBERIS, *Brexit, Trump e governo giallo-verde*, in *Lo Stato*, 12/2019, 11 ss.; L. MEZZETTI, *Corrosione e declino della democrazia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 421 ss. e, nella stessa *Rivista*, S. SICARDI, *La rappresentanza politica ai tempi dell’avatar. Scenari tormentati e future incognite*, 721 ss.; C.A. CIARALLI, *Riflessioni sulle nuove forme di rappresentanza e partecipazione al tempo della crisi dei partiti politici*, in *Pol. dir.*, 3/2019, 365 ss.; utili indicazioni possono ora aversi dal fasc. 3/2019 di *Dir. cost.*, dedicato a *I partiti politici*, a cura di S. Curreri, nonché da G. GRASSO, *Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle*, in *Diritti Comparati*, 3/2019, 14 dicembre 2019, 1 ss. Sulla “cattiva politica” v., infine, G. GEMMA, *Antipartitismo e qualità della politica*, in *Scritti per Roberto Bin*, cit., 297 ss.].

<sup>56</sup> Tra gli altri, A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., 407 ss.; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell’interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell’interpretazione e certezza del diritto*, cit.; F. VECCHIO, *Lo Stato costituzionale in pericolo: crisi della rappresentanza e istituzioni giudiziarie sotto attacco*, cit.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, cit., 549 ss., spec. 556 ss. In prospettiva giusfilosofica, di recente, v., nuovamente, B. PASTORE e G. PINO, *intervista su La retorica dei diritti fondamentali?*, cit.

Viene così a determinarsi un autentico ossimoro<sup>57</sup>, su cui si è in altri luoghi invitato a fermare l'attenzione<sup>58</sup>; ed è che, pur laddove la supplezza in parola abbia origine nel bisogno di venire incontro alle attese di tutela dei diritti, per il solo fatto di esservi vengono meno le condizioni strutturali per l'ottimale appagamento dei diritti stessi e, a un tempo, per il mantenimento dell'idea di Costituzione quale maturata nel corso della esaltante stagione liberale<sup>59</sup>.

Di contro, per un fisiologico svolgimento delle dinamiche istituzionali nelle loro più salienti espressioni, dovrebbe assistersi alla costante e fattiva cooperazione tra il diritto giurisprudenziale e il diritto politico, della quale dovrebbe aversi riscontro proprio in occasione della tutela da apprestare ai diritti (in ispecie, come si diceva, ai nuovi).

Il modello, altrove nelle sue linee portanti rappresentato, vede infatti la naturale precedenza del diritto politico (in ispecie di quello legislativo) rispetto al diritto giurisprudenziale: all'uno spettando di definire la disciplina di base volta a dare appagamento ai diritti (a mezzo, dunque, di enunciati essenzialmente *per principia*)<sup>60</sup>; all'altro, poi, di produrre le regole congrue rispetto alle peculiari esigenze dei casi, in svolgimento delle indicazioni offerte dal legislatore<sup>61</sup>. Non è un caso, d'altronde, che laddove il legislatore si sia discostato da questo canone metodico d'azione, ora venendo meno del tutto al compito al quale è chiamato ora, di contro, eccedendo nella regolazione apprestata per alcuni diritti<sup>62</sup>, si sia sempre assistito al ruolo di "supplezza" suddetto: ora posto in essere alla luce

---

<sup>57</sup> A *I paradossi nel diritto* è ora dedicata la riflessione di A. CERRI (Mucchi, Modena 2019).

<sup>58</sup> Maggiori ragguagli nei miei [Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio](#), in questa [Rivista, Studi 2019/I](#), 34 ss., spec. 43 s., ed ivi [2019/III, Rischi d'involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia](#), 628 ss., spec. 638 ss.

<sup>59</sup> Sugli sviluppi storico-teorici del concetto, v., ora, l'attento studio di A.I. ARENA, *La costituzione come idea e come realtà storica (Appunti di Dottrina dello Stato)*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019, 11 dicembre 2019.

<sup>60</sup> Si riconosce in questa indicazione metodico-teorica una crescente dottrina [*ex plurimis*, v. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524, e, dello stesso, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in [Biodiritto](#), 2/2018, 77 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in [Rivista AIC](#), 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5 e, dello stesso, *amplius*, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti Costituzionali* 17 giugno 214, ora in ora in [Biodiritto](#), 5 luglio 2019; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in [Biodiritto](#), 3/2015, 168; nella stessa *Rivista*, A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, 1/2016, 105 ss.; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, [La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?](#), in questa [Rivista, Studi 2018/I](#), spec. 235 ss. e, dello stesso, ora, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in [Giustizia Insieme](#), 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 90 ss.; A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 14/2019, 4 aprile 2019, spec. al § 7; infine, volendo, anche il mio *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in Freedom, Security & Justice: European Legal Studies in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 2/2019, 15 luglio 2019, 35 ss., spec. 49 ss.].

<sup>61</sup> A mia opinione, poi, il riconoscimento dei nuovi diritti richiederebbe di esser fatto, in prima battuta, con le forme proprie degli atti costituzionali, in svolgimento delle cui previsioni e restando dentro la cornice segnata da queste la legge comune dovrebbe poi far luogo alla ulteriore disciplina, essa pure nondimeno, conformemente alla natura dell'oggetto cui si indirizza, contenuta e perciò dotata di una struttura duttile ed essenziale, idonea ad adattarsi alle peculiari esigenze dei casi.

<sup>62</sup> ... come, ad es., s'è fatto con la legge n. 40 del 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita, infarcita di divieti e fatta pertanto oggetto di ripetuti e pesanti interventi della Consulta volti a renderla in qualche modo compatibile



del sole (a mezzo di pronunzie manipolative dei testi adottate dal giudice costituzionale) ed ora invece esercitato con mezzi impropri e lungo canali sotterranei (a mezzo di quelle manipolazioni della sostanza normativa per via d'interpretazione, cui pure si è fatto cenno).

Come si vede, una *piena* tipizzazione dei ruoli istituzionali (segnatamente, di giudici e legislatore) non è più possibile in un contesto segnato da una folla di interessi costituzionalmente meritevoli che premono per avere una tutela mirata, in ragione delle complessive esigenze dei casi: una tutela che solo può aversi – come qui pure si è venuti dicendo – attraverso la “delega” fatta dal legislatore ai giudici per operazioni di bilanciamento in concreto adeguate ai casi stessi.

Qui è, però, il punto: il compito di normazione devoluto ai giudici è (e deve restare), per sua indeclinabile vocazione, ancillare rispetto ai fini fissati dal legislatore, mantenendosi ad ogni buon conto entro la cornice con mano ferma disegnata negli atti da quest'ultimo prodotti<sup>63</sup>. Diritti abbandonati a se stessi, allo sbando, privi di qualsivoglia pur minima indicazione data con legge, fatalmente si consegnano all'occasionalismo giudiziario e, per ciò stesso, a soluzioni impartite dagli operatori di giustizia espressive di quelle scelte politiche di fondo che invece sono da considerare di esclusiva spettanza della legge stessa<sup>64</sup>.

Né è di consolazione l'argomento per cui le regole “inventate” dai giudici in assenza di legge sono pur sempre estratte dai principi contenuti nella Carta costituzionale, integrata – come si diceva – con le altre Carte nella interpretazione. L'estrazione delle regole dai principi costituzionali non è mai – checché ne dica talora la stessa giurisprudenza – “a rime obbligate”<sup>65</sup>; e, d'altro canto, ove così, in via di mera ipotesi, fosse, dovrebbe concludersi nel senso della inutilità della stessa attività di

---

con la Carta costituzionale [efficacissimo, al riguardo, il lapidario titolo dato da A. D'ALOIA in un suo succinto ma denso commento di qualche anno addietro a questa vicenda: *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 997 ss.].

<sup>63</sup> Come si vede, il modello nel quale mi riconosco ormai da anni non è certo quello che porta all'affidamento della tutela dei diritti ai soli giudici ma l'altro che vuole ribadita la *primauté* del legislatore, la quale poi non soltanto non soffre alcuna *deminutio capitis* per il caso che si circoscriva alla sola disciplina *per principia* dei diritti stessi ma, all'inverso, ne risulta viepiù rinvigorita ed adeguata alla natura stessa dei diritti ed ai loro complessivi bisogni, per il cui appagamento il “dialogo” intergiurisprudenziale resta, ad ogni buon conto, una risorsa imperdibile (cfr. sul punto di cruciale rilievo il diverso orientamento manifestato da M. LUCIANI in molti luoghi, tra i quali di recente *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, spec. 260 ss., e *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, cit., spec. 31 ss.). A conferma di quanto i diritti siano cresciuti per numero e resi ancora più saldi grazie al “dialogo” in parola, specie con le Corti europee, è sufficiente anche solo sfogliare alcuni dei corposi commentari alla CEDU ed alla Carta di Nizza-Strasburgo, tra i quali AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura della stessa A. Di Stasi, Cedam, Padova 2016, e AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit. Utili indicazioni, più di recente, anche da AA.VV., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, cit. Infine, l'intervento di I. MIGLIAVACCA, *L'influenza delle decisioni delle corti internazionali nell'attività del legislatore: decisioni delle Corti Europea e Interamericana dei Diritti dell'Uomo a confronto*, svolto nel corso dei lavori della seconda sessione della nostra Giornata.

<sup>64</sup> Dei “diritti senza legge” ha variamente discusso una consistente schiera di studiosi: tra gli altri, v. A. MORELLI, *I diritti senza legge*, e G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, entrambi in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, risp., 1452 ss. e 1486 ss.; i contributi ospitati nel fasc. 2/2016 di *Dir. pubbl.*; P. BONINI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 14/2017, 5 luglio 2017; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it), 1/2018, 12 febbraio 2018.

<sup>65</sup> ... per riprendere la felice etichetta coniata da V. Crisafulli; il punto è però che le metafore, seppur efficaci a finalità persuasiva, manifestano strutturali carenze di ordine teorico-ricostruttivo denunciate dalla più avvertita dottrina [in tema, v. O. POLLICINO, *Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale e contesto valoriale: una indagine transatlantica*, in [Medialaws](http://Medialaws), 2/2018, 25 giugno 2018, e, ora, A. MORELLI - O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in [Rivista AIC](http://Rivista AIC), 1/2018, 19 marzo 2018, e, degli stessi, *Metaphors and Judicial Frame in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, forthcoming, 2020. Fanno tutti leva su alcune note metafore i contributi che sono negli *Scritti per Roberto Bin*, cit.]. Ad ogni buon conto, come si è dietro segnalato, le “rime obbligate” parrebbero, specie dopo *Cappato*, non godere di buona salute; e, a dirla tutta, la malattia che le affligge fa temere il peggio...

normazione apprestata dal legislatore, della mediazione cioè da quest'ultimo ordinariamente assicurata tra Costituzione e giurisdizione.

Il vincolo della esclusiva soggezione del giudice alla legge non lascia scampo: richiede di necessità che vi sia l'opera prima, politica per eccellenza, posta in essere dal legislatore in svolgimento dei principi fissati nella Carta. La soggezione stessa, poi, com'è chiaro, può esprimersi (ed effettivamente si esprime) in forme "graduate", a seconda della conformazione strutturale degli enunciati, il cui linguaggio è dotato di diversa intensità prescrittiva, nonché a seconda dei campi materiali, degli interessi in gioco, del contesto complessivo in cui gli enunciati stessi s'inscrivono ed operano, portando a varie combinazioni del diritto politico e di quello giurisprudenziale.

8. *Una succinta notazione finale, con riguardo alle implicazioni per la teoria della Costituzione conseguenti al modo di essere dei rapporti tra diritto giurisprudenziale e diritto politico*

Come si è veduto, abbiamo iniziato a discorrere dei rapporti tra diritto giurisprudenziale e diritto politico e siamo arrivati a conclusioni che, al tirar delle somme, evocano in campo l'idea di Costituzione e il modo più adeguato di farla valere, con specifico riguardo alle esperienze di tutela dei diritti fondamentali, in un contesto connotato da scostamenti marcati dal modello qui sinteticamente rappresentato che si registrano in misura sempre più vistosa e preoccupante. E, inverosimilmente, ragionare del diritto giurisprudenziale e del diritto politico equivale a ripensare, a un tempo, i rapporti che nella presente congiuntura vengono a costituirsi tra gli ordinamenti e, in ciascuno di essi, tra gli organi della direzione politica (segnatamente, nel momento in cui si dispongono a svolgere attività di produzione giuridica) e gli organi di garanzia, gli equilibri viepiù precari che tra di essi si intrattengono, le trasformazioni alle quali vanno soggetti, specie nella presente congiuntura segnata da plurime ed ingravescenti emergenze e da vincoli formidabili provenienti *ab extra* a carico di tutti tali organi in conseguenza del trasferimento di quote consistenti della sovranità dallo Stato alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali (tra le quali, principalmente, l'Unione europea).

Come nei cerchi concentrici, partendo dal cerchio più ristretto, via via l'analisi è obbligata ad estendersi ad un'area materiale sempre più vasta fino a dover riguardare l'intero assetto delle relazioni interordinamentali e gli effetti ad esso conseguenti in ambito interno<sup>66</sup>.

La teoria della Costituzione – come si diceva – non solo non si sottrae al raggio di questa analisi, qui solo abbozzata per grandi linee e bisognosa di ben altri svolgimenti, approfondimenti, verifiche, ma, per un verso, ne è direttamente coinvolta e, per un altro verso (e circolarmente), può, per la sua parte, proiettare un fascio di luce sul campo esplorato orientando lo studio nei suoi prossimi svolgimenti.

Il vero è che è mutata l'idea stessa di Costituzione – se ne abbia, o no, la consapevolezza – e, di conseguenza, è sollecitata la teoria che l'assume ad oggetto ad un profondo, critico ripensamento.

Il terreno sul quale con immediata evidenza si coglie ed apprezza questa vicenda teorica, nelle sue più salienti ed interessanti espressioni, è quello su cui maturano le esperienze di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, a motivo del fatto che – come si rammentava poc'anzi – i diritti sono l'essenza stessa della Costituzione, ciò che maggiormente ne dà la identità e la qualificazione. Questa essenza, un tempo considerata tipica ed esclusiva della legge fondamentale dell'ordinamento, è oggi condivisa con altre Carte, in ciò rispecchiandosi quella *sovranità condivisa* (tanto al piano dei poteri quanto, e soprattutto, a quello dei diritti) che è il tratto più genuinamente espressivo delle relazioni interordinamentali.

---

<sup>66</sup> Ho avuto modo di recente d'intrattenermi sui condizionamenti che vengono dai rapporti interordinamentali a carico di quelli interistituzionali, e viceversa, nel mio *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, cit.

In questo quadro, qui sommariamente delineato, riproporre antichi schemi ispirati alla “logica” della *separazione* delle competenze, delle fonti e, in ultima istanza, degli ordinamenti è cosa totalmente priva di senso. Di contro, la “logica” vincente, imposta da un contesto ormai profondamente mutato rispetto al passato, è quella della *integrazione*, che richiede costante e fattiva cooperazione tra gli organi, all’interno di un ordinamento dato come pure al piano delle relazioni interordinamentali, e che ha la radice più salda dalla quale si tiene in quella integrazione stessa dei documenti materialmente costituzionali su cui qui pure si è particolarmente insistito.

Il diritto giurisprudenziale e il diritto politico sono, dunque, davanti ad un bivio: se si separano o – peggio – si dispongono l’uno contro l’altro, non hanno più futuro; se, invece, come le gambe di un unico corpo, si muovono assieme ed armonicamente nella stessa direzione, possono pervenire alla meta, dando così sollievo ai diritti (e, in genere, agli interessi meritevoli di tutela), pur nei limiti consentiti da una congiuntura per essi complessivamente non benigna.

Sappiamo che alle volte quest’esito, invero, si raggiunge, molte altre volte però (e l’analisi condotta ne ha dato conferma) il modello qui delineato subisce torsioni ricorrenti e vistose, assistendosi dunque a squilibri nei rapporti tra le due specie di produzione giuridica in parola forieri di guasti assai gravi a carico dei diritti e degli interessi suddetti.

Ogni volta che di ciò si ha riscontro, a conti fatti, ne soffre la Costituzione; il punto è, allora, stabilire fino a quando quest’ultima potrà resistere ai colpi infertile dagli operatori nel corso di vicende che sempre più di frequente si ripetono, sia pure con caratteri peculiari a seconda dei casi.

A questa spinosa domanda, confesso di non saper rispondere; allo stesso tempo, non posso tacere di nutrire non poca apprensione per le sorti a venire della Costituzione e dello Stato che da essa prende il nome. Posso solo formulare, in chiusura, l’auspicio che la consapevolezza della gravità della situazione possa essere alimentata e sorretta da collettivo senso di responsabilità, in linea con il valore fondante della fedeltà alla Repubblica, considerandosi sollecitati (e, anzi, obbligati) gli operatori tutti, per un verso, a mantenersi entro l’alveo per ciascuno di essi tracciato nella Carta e, per un altro verso (ed allo stesso tempo), a cooperare fattivamente per il bene comune.

Silvia Talini

**Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa:  
una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale**

SOMMARIO: 1. La sentenza n. 253 del 2019 nel più ampio contesto della giurisprudenza costituzionale in materia di valorizzazione del finalismo rieducativo - 2. Una manipolazione additiva ad effetto sostitutivo dal complesso *iter* argomentativo - 2.1. I rigidi confini dell'accoglimento - 2.2. L'illegittimità costituzionale dell'insuperabile equivalenza tra assenza di condotta collaborativa e presunzione di pericolosità sociale del condannato - 2.3. La necessità di un onere probatorio "rafforzato" - 3. L'incidenza di contrapposte "pressioni" esterne nell'accoglimento della questione di costituzionalità. Riflessioni conclusive

1. *La sentenza n. 253 del 2019 nel più ampio contesto della giurisprudenza costituzionale in materia di valorizzazione del finalismo rieducativo*

Con la [sentenza n. 253 del 2019](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4-*bis*, comma 1, dell'ordinamento penitenziario<sup>1</sup> (di seguito o.p.) nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di associazione mafiosa<sup>2</sup> e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di una collaborazione con la giustizia (art. 58-*ter* o.p.), allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti<sup>3</sup>.

Gli stessi giudici costituzionali hanno altresì dichiarato, in via consequenziale, l'illegittimità del medesimo articolo nella parte in cui non prevede che ai detenuti per i delitti ivi contemplati, diversi da quelli oggetto delle ordinanze di remissione, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di una collaborazione con la giustizia, di nuovo «allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti»<sup>4</sup>.

Norma censurata è, dunque, il primo comma dell'art. 4-*bis* o.p. che pone, in riferimento ad eterogenee fattispecie di reato, un divieto assoluto di assegnazione al lavoro all'esterno, di concessione dei permessi premio e delle misure alternative alla detenzione previste dal capo VI

<sup>1</sup> Legge n. 354 del 26 luglio 1975 ("Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà").

<sup>2</sup> Art. 416-*bis* c.p.

<sup>3</sup> Giudici *a quibus* sono la Corte di Cassazione (r.o. n. 59 del 2019), chiamata a decidere sulla concessione del permesso premio su richiesta di un detenuto condannato per aver agevolato l'attività di alcune associazioni mafiose e il Tribunale di sorveglianza di Perugia (r.o. n. 135 del 2019), investito da analoga richiesta da parte di un soggetto condannato per aver commesso sia delitti di "contesto mafioso" sia delitti di criminalità organizzata.

Entrambi i rimettenti sollevano questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione.

<sup>4</sup> Tale scelta, assai condivisibile, trova giustificazione nella complessa formulazione dell'art. 4-*bis*, 1 comma, o.p. che, a seguito di ripetuti interventi di riforma, ha visto un progressivo ampliarsi dei suoi confini applicativi sino ad estendersi anche a reati non necessariamente connessi alla criminalità organizzata o aventi natura mono-soggettiva (prostituzione e pornografia, violenza sessuale, favoreggiamento all'immigrazione clandestina, delitti contro la pubblica amministrazione etc.). In questo contesto, afferma la Corte «l'intervento parzialmente ablatorio realizzato sui reati di criminalità organizzata di matrice mafiosa deve riflettersi sulle condizioni predisposte dal primo comma della norma censurata, in vista dell'accesso al permesso premio dei condannati per tutti gli altri reati di cui all'elenco. Se così non fosse, deriverebbe dalla presente sentenza la creazione di una paradossale disparità, a tutto danno dei detenuti per reati rispetto ai quali possono essere privi di giustificazione sia il requisito (ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari) di una collaborazione con la giustizia, sia la dimostrazione dell'assenza di legami con un, inesistente, sodalizio criminale di originaria appartenenza». Tale mancata estensione, concludono i giudici, «finirebbe per compromettere la stessa coerenza intrinseca dell'intera disciplina di risulta» (Punto 12 *Considerato in diritto*).

dell'ordinamento penitenziario (esclusa la liberazione anticipata), ai detenuti che non abbiano collaborato con la giustizia a norma dell'art. 58-ter del medesimo ordinamento.

È noto come la formulazione della disposizione rappresenti la più vivida espressione di quella legislazione speciale che, a partire dall'inizio degli anni '90, fu approvata al fine di rafforzare il contrasto alla criminalità organizzata sul territorio nazionale<sup>5</sup> mediante la previsione di un articolato sistema di preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative, segnando così una decisa inversione di tendenza rispetto allo spirito della grande riforma penitenziaria del 1975 – espressione dei principi costituzionali di umanità e finalismo rieducativo delle pene (art. 27, terzo comma, Cost.) – e alle novità introdotte dalla l. n. 663 del 1986 (c.d. legge Gozzini)<sup>6</sup>.

La [sentenza n. 253](#), deliberata il 23 ottobre 2019, interviene su tale complesso quadro normativo, affermando esplicitamente che l'assenza di una condotta collaborativa con la giustizia non possa precludere, in senso assoluto, la possibilità per il giudice della sorveglianza di concedere ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis, comma 1, o.p. i permessi premio disciplinati dall'art. 30-ter dello stesso ordinamento<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> La stessa Corte costituzionale lo ricorda più volte (v. punto 7.1. *Considerato in diritto*).

<sup>6</sup> Ai fini della presente indagine basti ricordare che la disciplina dei permessi premio, contenuta nell'art. 30-ter o.p., venne introdotta proprio dalla legge n. 663 del 1986. Tra le altre novità apportate all'impianto originario del '75 anche l'estensione dell'applicabilità del regime di affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 o.p.), la previsione di particolari forme di affidamento per tossicodipendenti e alcolodipendenti nonché l'inserimento dell'istituto della detenzione domiciliare (art. 47-ter o.p.). Per altro verso occorre altresì precisare che la stessa legge contiene previsioni fortemente restrittive come l'introduzione dell'art. 41-bis o.p. (primo comma) e del regime di sorveglianza particolare (artt. 14-bis, 14-ter, 14-quater o.p.).

Per una riflessione generale su tale intervento di riforma v. A. MARGARA, *Per Mario Gozzini, Il carcere utile: il senso di un impegno*, in *Rass. penit. crim.*, 3, 1999, 117-126; T. BASILE - T. FASSONE - T. TUCCILLO, *La riforma penitenziaria. Commento teorico pratico alla l. 663/1986*, Napoli, 1987.

<sup>7</sup> In relazione ai presupposti applicativi dei permessi premio l'art. 30-ter o.p. prevede che «ai condannati che hanno tenuto regolare (...) e che non risultano socialmente pericolose, il magistrato di sorveglianza, sentito il direttore dell'istituto, può concedere permessi premio di durata non superiore ogni volta a quindici giorni per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro. La durata dei permessi non può superare complessivamente quarantacinque giorni in ciascun anno di espiazione».

La giurisprudenza costituzionale ha più volte valorizzato il legame dei permessi premio con il programma rieducativo, affermando che l'istituto rappresenta «un incentivo alla collaborazione del detenuto con l'istituzione carceraria» e, allo stesso tempo, «uno strumento di rieducazione, consentendo un iniziale reinserimento del condannato in società, essendo quindi parte integrante del trattamento rieducativo» ([Corte cost., sent. n. 118/1990](#)). In altra sentenza la Corte ha altresì specificato che i permessi premio rappresentano uno «strumento (...) spesso insostituibile per evitare che la detenzione impedisca del tutto di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro», volti a «perseguire efficacemente quel progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa» ([Corte cost., sent. n. 403 del 1997](#)).

Anche il Ministero della Giustizia è più volte intervenuto in materia di permessi premio specificando la necessità, ai fini della loro concessione, della sussistenza di entrambi i presupposti applicativi in quanto una «regolare condotta non può di per sé implicare l'assenza di particolare pericolosità sociale. Vi possono essere detenuti che, pur mantenendo una condotta formalmente regolare, sono tuttavia da considerare particolarmente pericolosi» (circolare n. 3191/5641 del 29 dicembre 1986). Con la successiva circolare n. 3246/5696 del 30 maggio 1988, il Ministero specifica altresì che per verificare la sussistenza del requisito della «regolare condotta» si deve aver riguardo al complesso degli elementi sulla base dei quali il detenuto possa essere concretamente e ragionevolmente ritenuto meritevole di grande fiducia in ragione del suo positivo ed apprezzabile comportamento di lealtà. La circolare definisce con precisione anche il secondo requisito riguardante la pericolosità: questa si desume «dal timore che il detenuto, se ammesso ad uscire, non rientri in istituto alla scadenza del permesso, possa commettere nuovi reati o mantenere collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza, ovvero possa fungere da tramite fra i detenuti e gli ambienti esterni. Al fine di assolvere a questo delicato compito il direttore deve sempre tenere in considerazione l'atteggiamento processuale e penitenziario del soggetto, la gravità dei reati commessi, il tempo trascorso della consumazione del delitto, l'eventuale clamore mediatico, il periodo di detenzione sofferta e l'esistenza o meno di collegamenti con associazioni criminali».

Ulteriori indicazioni, contenute nella stessa circolare, riguardano l'attenzione che deve essere posta per eventuali allarmi sociali che potrebbero derivare dalla concessione del permesso all'esterno nonché il doveroso rispetto per le vittime del delitto e per i suoi parenti e familiari.

Con l'adozione di tale decisione i giudici costituzionali proseguono lungo la strada tracciata da quegli approdi giurisprudenziali in materia di privazione della libertà personale – ampiamente richiamati nel testo della sentenza e su cui si tornerà a breve – tesi alla trasformazione delle presunzioni legislative da assolute a relative, sì da consentire una piena valorizzazione degli elementi specifici del caso concreto mediante una valutazione casistica operata dal giudice secondo i principi di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza<sup>8</sup>.

Ma la [sentenza n. 253 del 2019](#) si pone in linea di continuità anche con un'altra recente pronuncia della Corte costituzionale: [la n. 149 dell'11 luglio del 2018](#). Come ampiamente ricordato in dottrina<sup>9</sup>, tale decisione ha rappresentato un'audace evoluzione giurisprudenziale in materia di pena perpetua avendo la Corte dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 58-*quater*, comma 4, o.p., nella parte in cui prevedeva, nei confronti dei condannati per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione ovvero di terrorismo o di eversione che avessero cagionato la morte del sequestrato (entrambi inseriti nella "prima fascia" dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p.), una soglia temporale dei due terzi di pena o dei ventisei anni nel caso di ergastolo, non riducibile per effetto della liberazione anticipata.

Non essendo questa la sede per entrare nel merito della questione basti ricordare, ai fini della presente indagine, come già in quell'occasione la Corte costituzionale avesse osservato che la «personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento. Prospettiva, quest'ultima, che chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità, in linea con le esigenze minime di rispetto dei valori fondamentali su cui si fonda la convivenza civile; ma che non può non chiamare in causa – assieme – la correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta per il reato commesso, favorendo il progressivo reinserimento del condannato nella società»<sup>10</sup>.

Sono riflessioni che hanno assunto un'indubbia centralità nel ribadire, anche in riferimento alla commissione di delitti qualificati dall'ordinamento come particolarmente "odiosi", che il finalismo rieducativo – in esecuzione di un preciso obbligo costituzionale<sup>11</sup> – deve necessariamente tradursi

---

<sup>8</sup> Si ricorda, in proposito, quanto affermato da autorevole dottrina riguardo all'automatica esclusione dei condannati per i reati di cui all'art. 4-*bis* o.p. dall'applicazione della liberazione anticipata speciale introdotta, con efficacia biennale, dal d.l. n. 146 del 2013: si tratta di una scelta che solleva forti dubbi di legittimità costituzionale in riferimento alla perdurante volontà legislativa di introdurre «automatismi carcerari e presunzioni assolute sulla necessità della misura detentiva legate al titolo di reato. Si tratta di scelte la cui costituzionalità ben si può dubitare, anche alla luce di molteplici decisioni della Corte costituzionale che hanno indotto (...) a rilevare una sorta di presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi» (M. RUOTOLO, *Automatismi e preclusioni nel nuovo istituto della liberazione speciale*, in ID. (a cura di), *Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della corte EDU*, Napoli, 2014, 169).

<sup>9</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, fasc. 3/2018, 19 novembre 2018, 405-416; E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 18 luglio 2018; A. GALLUCCIO, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Quest. giust.*, 16 luglio 2018. Sia consentito altresì un rinvio a S. TALINI, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare" anche in materia di ergastolo (a margine di Corte cost., sent. n. 149 del 2018)*, in questa *Rivista*, *Studi 2018/III*, 504-510.

<sup>10</sup> La fissità della soglia, precisa la Corte, delinea un'irragionevole differenziazione non solo in riferimento alla generalità dei detenuti, ma anche riguardo ai condannati per uno dei delitti inseriti nella prima fascia dell'art. 4-*bis* o.p., per i quali la concessione dei benefici penitenziari è subordinata alla collaborazione con la giustizia. La previsione di una soglia indifferenziata si pone, inoltre, in contrasto con il finalismo rieducativo di cui al terzo comma dell'art. 27 Cost., impedendo la necessaria «progressività trattamentale e flessibilità della pena» (su cui anche le precedenti [sentt. nn. 255 e 257 del 2006](#); [445 del 1997](#) e [504 del 1995](#)).

<sup>11</sup> Il riferimento è, naturalmente, al già richiamato articolo 27, terzo comma, Cost. a norma del quale: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato».

nella garanzia di una pena flessibile, le cui modulazioni devono essere affidate a valutazioni casistiche operate dal giudice in accordo al percorso rieducativo intrapreso dal condannato singolarmente considerato. Sul punto, tenendo a mente anche le considerazioni in precedenza espresse in materia di automatismi legislativi, si è avuto modo di affermare come l'art. 27, terzo comma, Cost. rivolgendo il finalismo rieducativo al "condannato" (come singolo) e non ai "condannati" (come popolazione detenuta), sembra consacrare l'illegittimità di formulazioni normative fondate – come quella censurata nella [sentenza n. 253 del 2019](#) (e [n. 149 del 2018](#)) – su granitici meccanismi presuntivi che guardano esclusivamente al reato commesso e non anche alla mutevolezza di ogni persona (e del contesto di provenienza) nel corso dell'esecuzione penale<sup>12</sup>.

## 2. Una manipolazione additiva ad effetto sostitutivo dal complesso iter argomentativo

### 2.1. I rigidi confini dell'accoglimento

Di là da queste preliminari riflessioni, volte a inserire la pronuncia nella più ampia dimensione della giurisprudenza costituzionale, la decisione adottata dalla Corte costituzionale lo scorso 23 ottobre pone all'attenzione degli operatori del diritto diverse questioni.

In primo luogo la Corte, in un momento antecedente all'esame nel merito delle questioni di costituzionalità, pone due premesse chiaramente volte a delimitare, entro ristretti confini, il perimetro dell'accoglimento. I giudici specificano che le ordinanze di rimessione dei giudici *a quibus* «non riguardano la legittimità costituzionale della disciplina relativa al cosiddetto ergastolo ostativo»<sup>13</sup> avendo unicamente ad oggetto il meccanismo della collaborazione con la giustizia; le questioni riguardano cioè «l'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., in quanto recante una disciplina da applicarsi a tutti i condannati, a pena perpetua o temporanea, per i reati di partecipazione ad associazione mafiosa e di "contesto mafioso". Per tutti costoro, infatti, la disposizione censurata dai rimettenti richiede la collaborazione con la giustizia quale condizione per l'accesso alla valutazione, in concreto, circa la concedibilità dei benefici penitenziari»<sup>14</sup>.

Si tratta di una premessa posta al dichiarato fine di differenziare la questione da quella oggetto della recente sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito Corte EDU) nel caso *Viola c. Italia*<sup>15</sup> in cui, come noto, i giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU<sup>16</sup>, in ragione dell'impossibilità assoluta per i detenuti sottoposti al c.d. ergastolo ostativo, che non abbiano collaborato con la giustizia, di accedere ai benefici penitenziari, anche a seguito di un proficuo e documentato percorso rieducativo.

---

<sup>12</sup> Il rinvio è alla riflessione compiuta in occasione del commento alla [sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2018](#) in S. TALINI, *La valorizzazione dei termini "pena" al plurale e condannato al "singolare"*, op. cit., 510.

<sup>13</sup> Punto 5.3. *Considerato in diritto*.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> Decisione adottata dalla Prima sezione della Corte Edu il 13 giugno del 2019 (ric. n. 77633/16) su cui il Governo italiano aveva chiesto un riesame alla Grande Camera rigettato il 9 ottobre 2019: i diciassette giudici del Collegio non hanno riconosciuto, nel caso in esame, un principio che abbia un carattere di novità per tutti i quarantasette Paesi del Consiglio d'Europa affermando, inoltre, che il rifiuto dell'ergastolo ostativo è un principio su cui la Corte EDU ha avuto più volte modo di pronunciarsi. Sulla sentenza *Viola c. Italia*, anche in riferimento alle possibili ripercussioni sulle questioni di costituzionalità decise dalla Corte costituzionale con la [sent. n. 253 del 2019](#), si vedano le autorevoli riflessioni compiute da Francesco Palazzo e Vladimiro Zagrebelsky in occasione dell'*Amicus curiae* di Ferrara il cui seminario preventivo, del 27 settembre 2019, è stato dedicato al tema dell'ergastolo ostativo. Le relazioni sono entrambe pubblicate nel sito di [Amicuscuriae](#).

<sup>16</sup> L'art. 3 della Convenzione EDU pone a carico degli Stati firmatari l'inderogabile divieto di tortura e di altri trattamenti inumani o degradanti.

È il caso di ricordare che, prendendo le mosse dal caso Viola, in dottrina si è parlato dell'esistenza di un vero e proprio "diritto alla speranza" spettante a ogni condannato<sup>17</sup>. Ponendosi nella direzione aperta da tali autorevoli posizioni, preme qui aggiungere una considerazione già espressa in altra sede: «se la possibilità di reinserirsi nel consesso sociale assume la fisionomia di un diritto inviolabile di ogni ristretto, tale posizione sembra possedere una forza propulsiva anche maggiore di quella espressa dal termine speranza che, secondo l'originaria accezione latina, indica un comportamento passivo che si concretizza nel "sentimento di aspettazione fiduciosa nella realizzazione, presente o futura, di quanto si desidera" (Enciclopedia Treccani). In altri termini, la possibilità di un concreto reinserimento nella società tramite un percorso realmente individualizzato, si configura come una posizione inviolabile, di cui ogni condannato – anche per il tramite dell'art. 3 Cedu – ha il diritto di esigere attivamente l'effettiva garanzia, a prescindere dal reato che ha determinato il suo ingresso all'interno delle mura penitenziarie»<sup>18</sup>.

La Corte costituzionale, sul punto, precisa che la questione risolta con la [sentenza n. 253 del 2019](#) non ha ad oggetto la medesima disciplina relativa all'ergastolo ostativo, in quanto i rimettenti non hanno censurato – insieme all'art. 4-bis, comma 1, o.p. – anche la previsione che «non consente di concedere la liberazione condizionale al condannato all'ergastolo che non collabora con la giustizia e che abbia già scontato ventisei anni effettivi di carcere, così trasformando la pena perpetua de iure in una pena perpetua anche de facto»<sup>19</sup>. Le questioni sottoposte all'attenzione della Corte attengono, dunque, «non alla condizione di chi ha subito una condanna a una determinata pena, bensì a quella di colui che ha subito condanna (all'ergastolo, in entrambi i giudizi a quibus) per reati cosiddetti ostativi, in specie i delitti di associazione di tipo mafioso (...), e quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste».

Accanto a tale precisazione, i giudici costituzionali pongono un'ulteriore premessa: la questione decisa con la [sentenza n. 253](#) riguarda unicamente la possibilità per il giudice della sorveglianza di valutare la concessione dei permessi premio con esclusione, dunque, di qualsiasi riferimento ad altri benefici previsti dalla normativa penitenziaria<sup>20</sup>.

## 2.2. *L'illegittimità costituzionale dell'insuperabile equivalenza tra assenza di condotta collaborativa e presunzione di pericolosità sociale del condannato*

Così delimitati i confini della pronuncia, la Corte entra nel merito delle questioni sollevate dal Tribunale di sorveglianza di Perugia: riferendosi alla posizione del condannato sia per la partecipazione all'associazione mafiosa, sia per i reati di c.d. "contesto mafioso", la decisione su di esse assorbe – come dichiarato espressamente in seguito<sup>21</sup> – anche le questioni sollevate dalla Corte di Cassazione esclusivamente in riferimento al condannato per questi ultimi delitti.

Ripercorsa l'evoluzione normativa dell'art. 4-bis o.p. – sino all'attuale formulazione che esige (al primo comma) la collaborazione con la giustizia ai fini della concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative – la Corte specifica che l'odierna disciplina poggia su una «presunzione legislativa assoluta che la commissione di determinati delitti dimostri l'appartenenza dell'autore alla criminalità organizzata, o il suo collegamento con la stessa, e costituisca, quindi, un indice di

<sup>17</sup> In proposito v. il recente volume AA.VV., *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Torino, 2019.

<sup>18</sup> Sono considerazioni recentemente espresse a conclusione di S. TALINI, *Viola c. Italia: una decisione dai controversi effetti nell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019 (in corso di pubblicazione).

<sup>19</sup> Punto 5.2. *Considerato in diritto*. La Corte fa riferimento alla disposizione contenuta nell'art. 2, comma 2, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 ("Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa"), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203, nella parte in cui richiama l'art. 176 c.p.

<sup>20</sup> Punto 5.3. *Considerato in diritto*.

<sup>21</sup> Punto 8.3. *Considerato in diritto*.



pericolosità sociale incompatibile con l'ammissione del condannato ai benefici penitenziari extramurari»<sup>22</sup>. In questo contesto, la scelta di collaborare con la giustizia, assumendo una centrale valenza "rescissoria" del legame con il sodalizio criminale, appare la sola condotta idonea a rimuovere l'ostatività; al contrario, afferma la Corte «la mancata collaborazione (...) fonda la presunzione assoluta che i collegamenti con l'organizzazione criminale siano mantenuti ed attuali, ricavandosene la permanente pericolosità del condannato, con conseguente inaccessibilità ai benefici penitenziari».

Ed è questa presunzione assoluta che i giudici costituzionali dichiarano illegittima in ragione di tre profili che la stessa Corte definisce «distinti ma complementari»<sup>23</sup>.

In particolare l'assolutezza della presunzione:

1) incide sull'ordinario svolgersi dell'esecuzione penale con conseguenze maggiormente afflittive poste a carico del detenuto non collaborante in virtù di esigenze investigative, di politica criminale e di sicurezza collettiva;

2) impedisce di valutare il singolo percorso detentivo del condannato, in contrasto con la finalità rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale (art. 27, terzo comma, Cost.);

3) poggia le sue fondamenta su una generalizzazione, che può essere invece contraddetta «a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto, e che devono poter essere oggetto di specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza».

La Corte, dunque, pone in luce due profili della norma censurata direttamente incidenti sulla vita penitenziaria (punti 1 e 2); il terzo profilo, diverso ma complementare, si risolve invece in una compressione assoluta dei poteri della magistratura di sorveglianza alla quale viene espressamente sottratto il compito di valutare, secondo le caratteristiche del caso concreto, la possibilità di concedere il permesso premio (punto 3).

Più nel dettaglio i giudici costituzionali, prendendo le mosse dai primi due profili, sembrano affermare che la disciplina di cui all'art. 4-bis, 1 comma, o.p. delinea uno speciale sistema di "premi e punizioni" il cui ago della bilancia è rappresentato dalla condotta di cui all'art. 58-ter o.p. Nell'ipotesi di collaborazione con la giustizia, i condannati per i reati elencati nella disposizione censurata possono accedere ai benefici penitenziari in una posizione di favore, senza cioè che sia necessario scontare – preventivamente – le frazioni di pena ordinariamente previste per l'ammissione ai benefici<sup>24</sup>; viceversa, qualora la condotta collaborativa non vi sia, è precluso in senso assoluto al condannato l'accesso alle misure premiali, anche a seguito dell'espiazione delle frazioni di pena richieste quale ordinario presupposto per l'ammissione.

La Corte dichiara tale assetto normativo costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 27 Cost., unicamente in riferimento al profilo afflittivo: se infatti, il «valore "premiabile" della collaborazione (...) si giustifica sia considerando che essa è ragionevole indice del presumibile abbandono dell'originario sodalizio criminale, sia in virtù della determinante utilità che ha mostrato sul piano del contrasto alle organizzazioni mafiose»; per altro verso l'assenza di collaborazione «non può tradursi in un aggravamento delle modalità di esecuzione della pena» da cui derivano «ulteriori conseguenze negative, che non hanno diretta connessione con il reato commesso», così operando «una deformante trasfigurazione della libertà di non collaborare (...) che certo l'ordinamento penitenziario non può disconoscere ad alcun detenuto»<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Punto 7.1. *Considerato in diritto*.

<sup>23</sup> Punto 8 *Considerato in diritto*.

<sup>24</sup> Le condizioni per accedere ai permessi premio sono elencate nel quarto comma dell'art. 30-ter o.p.

Sul punto la Corte richiama la soluzione interpretativa individuata nelle sue precedenti [sentenze nn. 174 del 2018 e 504 del 1995](#), nonché la giurisprudenza di legittimità (Corte Cass., sez. I pen., sentt. 3 febbraio 2016, n. 37578 e 12 luglio 2006, n. 30434).

<sup>25</sup> Punto 8.1. *Considerato in diritto*.

Come si evince anche dalla titolazione del comunicato stampa che ha accompagnato il deposito della sentenza<sup>26</sup> è in questa sostanziale distinzione che la Corte costituzionale individua un primo chiaro confine tra legittimità e illegittimità della norma censurata: legittimo è prevedere che dalla collaborazione con la giustizia possa discendere un'agevolazione per il condannato; illegittimo, al contrario, è prevedere che dall'assenza della condotta collaborativa derivi una punizione per la persona condannata posta sotto forma di un radicale aggravamento delle modalità di esecuzione della pena.

Così individuato il primo profilo di illegittimità costituzionale della norma censurata, la Corte dichiara la non conformità a Costituzione della presunzione assoluta in esso contenuta: l'assenza di una condotta collaborativa impedisce al magistrato qualsiasi valutazione in concreto della condizione del detenuto, determinando «l'inammissibilità in limine della richiesta del permesso premio [e questo] può arrestare sul nascere il percorso risocializzante, frustrando la stessa volontà del detenuto di progredire su quella strada», ponendosi in contrasto con i principi di cui all'art. 27, terzo comma, Cost.

A sostegno della dichiarazione di incostituzionalità la Corte richiama la sua precedente giurisprudenza. Come anticipato, in diverse occasioni i giudici costituzionali hanno avuto modo di affermare che le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*; l'irragionevolezza si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Il comunicato stampa del 4 dicembre del 2019, che ha accompagnato il deposito della [sentenza n. 253 del 2019](#), è intitolato "Reati ostativi e permessi premio: giusto "premiare" il detenuto che collabora, inammissibile "punirlo" ulteriormente per la mancata collaborazione" (il comunicato è pubblicato sul [sito della Corte costituzionale](#)).

<sup>27</sup> [Corte cost. sent. n. 268 del 2016](#). In precedenza, [sentt. n. 185 del 2015](#), [n. 232](#), [n. 213](#) e n. [57 del 2013](#), [n. 291](#), [n. 265](#), [n. 139 del 2010](#), [n. 41 del 1999](#) e n. [139 del 1982](#). In argomento si ricorda che la Corte costituzionale ha colpito il meccanismo di cui all'art. 4-bis o.p. anche in riferimento alle preclusioni assolute relative al mantenimento dei rapporti tra detenute madri e figli. Nella [sentenza n. 239 del 2014](#) il Giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità della preclusione di cui all'art. 4-bis, 1 comma, o.p. nella parte in cui non esclude dal divieto assoluto di concessione la detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* o.p.), quale istituto preposto alla tutela del minore a mantenere un rapporto con la figura materna. Tuttavia, specifica la Corte, neanche l'interesse del bambino a fruire in modo continuativo dell'affetto della madre, malgrado il suo elevato rango, «forma oggetto di protezione assoluta, tale da sottrarlo ad ogni possibile bilanciamento con esigenze contrapposte, pure di rilievo costituzionale, quali quelle di difesa sociale, sottese alla necessaria esecuzione della pena inflitta al genitore». Come avvenuto in materia di obbligatorietà della custodia cautelare in carcere, su cui si tornerà a breve, la declaratoria di incostituzionalità non risiede nella mancata possibilità di concedere la misura, ma nel rendere la preclusione assoluta e automatica, impedendo al giudice di far emergere la funzione di garanzia del minore che sottende alla previsione.

Sulla [sentenza n. 239 del 2014](#) cfr. A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale*, Bari, 2018, 216 ss.; F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord.penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in *Dir. pen. cont.*, 27 ottobre 2014. In analoga direzione si muove la più recente [sentenza n. 76 del 2017](#) ancora in riferimento alla detenzione domiciliare speciale. Il rimettente dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 47-*quinquies*, comma 1-bis, o.p., nella parte in cui impediva alle madri condannate per i delitti di cui all'art. 4-bis o.p. l'accesso alle modalità di espiazione della pena ivi previste così vanificando la *ratio* della detenzione domiciliare speciale volta, come specificato nella sentenza n. 239 del 2014, a mantenere vivo il legame tra madri detenute e figli.

La Corte ritiene la questione fondata: «affinché il preminente interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni». Nella disposizione censurata il legislatore «ha escluso in assoluto dall'accesso ad un istituto primariamente volto alla salvaguardia del rapporto con il minore in tenera età le madri accomunate dall'aver subito una condanna per taluno dei delitti indicati in una disposizione (l'art. 4-bis o.p.) che contiene, oltretutto, un elenco di reati complesso, eterogeneo, stratificato e di diseguale gravità (sentenza n. 32 del 2016)».

Sulla [sentenza n. 76 del 2017](#) cfr. G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi dell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 5,

Nel caso deciso con la [sentenza n. 253 del 2019](#), precisa la Corte, «la generalizzazione che fonda la presunzione assoluta consiste in ciò: se il condannato per il delitto di associazione mafiosa e/o per delitti di “contesto mafioso” non collabora con la giustizia, la mancata collaborazione è indice (non superabile se non dalla collaborazione stessa) della circostanza per cui egli non ha spezzato i legami che lo tengono avvinto all’organizzazione criminale di riferimento»<sup>28</sup>. La norma censurata, in altri termini, determina un’insuperabile equivalenza tra assenza di collaborazione e presunzione di pericolosità sociale del condannato. È in tale granitica corrispondenza che i giudici individuano la violazione del dettato costituzionale: l’illegittimità non risiede nel meccanismo presuntivo in quanto tale ma nel suo carattere assoluto che impedisce all’autorità giudiziaria di valutare la possibilità di concedere il permesso premio tenendo conto delle caratteristiche del caso concreto, delle possibili variazioni del contesto criminale di appartenenza e degli eventuali progressi compiuti dal condannato durante il tempo trascorso in esecuzione intramuraria.

In effetti è proprio il trascorrere del tempo che determina una sostanziale differenza tra la presunzione contenuta nell’art. 4-*bis*, 1 comma, o.p. e quella prevista nell’art. 275, 3 comma, del codice di rito che pone in capo all’autorità giudiziaria un inderogabile obbligo di applicazione della sola custodia cautelare in carcere in riferimento ai delitti di criminalità organizzata. Tale presunzione assoluta, inserita nella normativa relativa ai criteri di scelta delle misure cautelari, è stata in più occasioni avallata dalla giurisprudenza costituzionale<sup>29</sup>.

Già nel 1995 il Giudice delle leggi aveva in effetti chiarito che «la delimitazione della norma all’area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso (...) rende manifesta la non irragionevolezza dell’esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connotato (...) [non risultando] la predeterminazione in via generale della necessità della cautela più rigorosa (...) in contrasto con il parametro dell’art. 3 della Costituzione»<sup>30</sup>. Orientamento successivamente confermato dalla stessa Corte nella [sentenza n. 265 del 2010](#): la custodia cautelare è «la misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione criminale di appartenenza»<sup>31</sup>. Ciò che rende adeguata la sola

---

2017, 321-329; P. SECHI, *Nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di automatismi legislativi e detenzione domiciliare speciale*, in *Giur. cost.*, 2017, in particolare 737, 738.

<sup>28</sup> Punto 8.3. *Considerato in diritto*.

<sup>29</sup> In argomento va tuttavia precisato come la giurisprudenza costituzionale abbia progressivamente ridotto i confini di tale assolutezza dichiarando l’illegittimità dell’adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in riferimento agli imputati o indagati di concorso esterno in associazione mafiosa: nei confronti del concorrente esterno non è in effetti ravvisabile quel vincolo di adesione permanente al sodalizio mafioso necessario a legittimare, sul piano giurisdizionale, il ricorso esclusivo alla custodia cautelare in carcere, quale unico strumento idoneo a recidere i rapporti dell’indiziato con l’ambiente associativo, neutralizzandone la pericolosità ([Corte cost., sent. n. 48 del 2015](#)).

In un momento antecedente gli stessi giudici costituzionali avevano altresì dichiarato l’illegittimità costituzionale della custodia obbligatoria in carcere in riferimento ai reati di c.d. contesto mafioso ([Corte cost., sent. n. 57 del 2013](#)).

Sulla [decisione della Corte costituzionale n. 48 del 2015](#), v. G. LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell’associazione mafiosa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 30 marzo 2015; in ordine alla [sent. n. 57 del 2013](#) v., dello stesso Autore e nella medesima *Rivista*, *Illegittima la previsione della custodia “obbligatoria” in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell’associazione di tipo mafioso)*, 7 aprile 2013.

<sup>30</sup> [Corte cost., ord. n. 450 del 1995](#).

<sup>31</sup> Nel medesimo senso anche la più recente [ordinanza n. 136 del 2017](#).

La “tollerabilità” dell’adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in relazione ai reati di associazione mafiosa è stata peraltro confermata anche dalla Corte EDU nella sentenza *Pantano c. Italia* del 6 novembre 2003 (ric. n. 60851/00).

In argomento occorre peraltro ricordare come destino ben diverso abbiano avuto le presunzioni assolute di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere in riferimento alle ipotesi di reato diverse dai delitti di criminalità organizzata. Il riferimento è, naturalmente, alla riforma operata dal pacchetto sicurezza del 2009 che aveva disorganicamente ampliato i confini dell’art. 275, terzo comma, c.p.p. estendendo la presunzione assoluta di obbligatorietà della custodia in carcere a fattispecie ben diverse dai delitti di criminalità organizzata. La giurisprudenza costituzionale, dal 2010 al 2015, ha parzialmente demolito l’impianto delineato dalla riforma del 2009 con una serie di declaratorie di incostituzionalità tese

misura coercitiva più afflittiva, dunque, non è la natura associativa della fattispecie, quanto le richiamate connotazioni criminologiche dei delitti di stampo mafioso. A tali peculiari connotazioni la Corte costituzionale, nella sentenza in commento, aggiunge un ulteriore elemento: la valutazione in ordine alle esigenze cautelari è svolta dall'autorità giudiziaria «quasi nell'immediatezza del fatto o, comunque, in un momento non lontano dalla sua supposta commissione».

È tale prossimità temporale tra l'adozione della cautela e il fatto illecito che legittima la presunzione assoluta; viceversa durante l'esecuzione della pena, assume «ruolo centrale il trascorrere del tempo, che può comportare trasformazioni rilevanti, sia della personalità del detenuto, sia del contesto esterno al carcere, ed è questa situazione che induce a riconoscere carattere relativo alla presunzione di pericolosità posta alla base del divieto di concessione del permesso premio»<sup>32</sup>.

La Corte, proseguendo nella valorizzazione dell'elemento temporale quale fattore differenziale rispetto alla fase cautelare, afferma altresì che «una valutazione individualizzata e attualizzata non può che estendersi al contesto esterno al carcere, nel quale si prospetti la possibilità di un, sia pur breve e momentaneo, reinserimento dello stesso detenuto, potendosi ipotizzare che l'associazione criminale di originario riferimento, ad esempio, non esista più, perché interamente sgominata o per naturale estinzione». Dunque, la circostanza che il condannato abbia trascorso un adeguato lasso di tempo in esecuzione penale intramuraria, determina l'esigenza di garantire una valutazione in concreto da parte del magistrato di sorveglianza che possa valorizzare le peculiarità del singolo caso tenendo in considerazione, in riferimento alla concessione di permessi premio, sia i possibili cambiamenti interni (riferiti alla personalità del detenuto), sia esterni (con riguardo alle vicende inerenti all'associazione criminale di appartenenza).

### *2.3. La necessità di un onere probatorio “rafforzato”*

Così trasformata la presunzione da assoluta a relativa con una tipologia di sentenza che, in riferimento alle pronunce in materia di custodia cautelare, autorevole dottrina ha definito additiva ad effetto sostitutivo<sup>33</sup>, la Corte nell'ultima parte della decisione, specifica al ricorrere di quali condizioni la presunzione di pericolosità sociale – non più assoluta ma relativa – possa dirsi superabile.

In particolare per “vincere” la presunzione, non è sufficiente dimostrare che il detenuto non collaboratore abbia tenuto una regolare condotta nel corso della sua vita intramuraria e abbia proficuamente partecipato all'opera rieducativa, dovendosi altresì acquisire «elementi che escludono non solo la permanenza di collegamenti con la criminalità organizzata, ma altresì il pericolo di un loro ripristino, tenuto conto delle concrete circostanze personali e ambientali (...) al fine di evitare che l'interesse alla prevenzione della commissione di nuovi reati, tutelato dallo stesso art. 4-bis ordin.

---

a restituire al giudice il potere-dovere di individuare – solo all'esito di una valutazione casistica – la misura più adeguata alle specificità cautelari della fattispecie concreta. La giurisprudenza costituzionale ha dunque trasformato la presunzione di adeguatezza da assoluta a relativa restituendo al giudice il potere di valutare le esigenze cautelari secondo i principi costituzionali di adeguatezza, proporzionalità e “minor sacrificio necessario” della libertà.

Su tale controversa vicenda, anche in riferimento all'uso dell'interpretazione conforme a Costituzione, v. M RUOTOLO, *Interpretare nel segno della Costituzione*, Napoli, 2015, 117 - 158; sia altresì consentito un rinvio, anche in riferimento alla bibliografia richiamata e agli sviluppi della vicenda dopo l'intervento del legislatore del 2015, a S. TALINI, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli, 2018, 159-175.

<sup>32</sup> Punto 8.3. *Considerato in diritto*.

<sup>33</sup> M RUOTOLO, *Interpretare*, in riferimento alle richiamate vicende relative al sistema cautelare, l'Autore specifica che «ferma restando la struttura additiva delle decisioni, queste producono un effetto “sostitutivo”, essendo le disposizioni dichiarate incostituzionali in quanto prevedono una presunzione “assoluta” di adeguatezza della custodia cautelare in carcere anziché una presunzione “relativa”, tale da implicare l'obbligo in capo al giudice di valutare, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza, se siano stati acquisiti elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure» (145-146).

penit., finisca per essere vanificato »<sup>34</sup>. Tale regime probatorio, che gli stessi giudici costituzionali definiscono «rafforzato», grava esclusivamente sul condannato che richiede l'ammissione al beneficio, avendo l'onere di produrre specifica allegazione in tal senso<sup>35</sup>.

Ancora con riguardo al superamento della presunzione (relativa), la Corte specifica che, ai fini della concessione, la magistratura di sorveglianza assume la decisione sulla base delle relazioni della pertinente autorità penitenziaria e delle dettagliate informazioni acquisite per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente; a cui si aggiunge, ai sensi del 3 comma 3-*bis* dello stesso art. 4-*bis*, o.p., che nessun beneficio può essere concesso quando il Procuratore nazionale antimafia o il Procuratore distrettuale comunica l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

### 3. L'incidenza di contrapposte "pressioni" esterne nell'accoglimento della questione di costituzionalità. Riflessioni conclusive

Ripercorsa in questi termini la decisione si impongono, a conclusione, alcune riflessioni d'insieme soprattutto in ordine alle due precisazioni che precedono l'esame nel merito da parte della Corte costituzionale. Come ampiamente ricordato, i giudici premettono che le questioni sottoposte alla sua attenzione hanno ad esclusivo oggetto l'istituto dei permessi premio, su cui insiste il meccanismo della collaborazione di cui all'art. 4-*bis*, 1 comma, o.p non riguardando, al contrario, la legittimità costituzionale della disciplina relativa al c.d. ergastolo ostativo, non avendo i rimettenti censurato anche la previsione che non consente di concedere la liberazione condizionale al condannato all'ergastolo che non collabora con la giustizia e che abbia già scontato ventisei anni effettivi di pena detentiva<sup>36</sup>.

Si tratta di precisazioni in cui la Corte costituzionale, a parere di chi scrive, lascia trapelare le numerose difficoltà emerse, non solo in ordine all'individuare un assai difficile punto di equilibrio in tema di bilanciamento tra valori costituzionali ma, altresì, nell'adottare una decisione in grado di garantire un'adeguata risposta ad istanze (e pressioni) esterne e di segno opposto.

La prima "pressione" assume la fisionomia della Corte EDU: pur non negando la diversità delle due questioni, i giudici di Strasburgo nelle riflessioni finali della sentenza *Viola c. Italia* rilevano come, anche a livello nazionale, l'assolutezza della presunzione di pericolosità sociale sia stata di recente attenuata anche nei confronti degli ergastolani<sup>37</sup>, auspicando che la Corte costituzionale possa proseguire lungo tale direzione anche nella decisione in ordine alle questioni pendenti (e decise nella sentenza in commento).

Vi è di più. Sulla pronuncia dei giudici costituzionali difficilmente avrebbe potuto non incidere un'ulteriore affermazione della Corte EDU. Ancora nella parte finale della sentenza, i giudici di Strasburgo specificano che il caso *Viola* «mette in luce un problema strutturale del sistema italiano, per il quale sono attualmente pendenti davanti alla Corte un certo numero di ricorsi. (...). La natura della violazione accertata ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione impone allo Stato di attuare, di preferenza per iniziativa legislativa, una riforma del regime della reclusione dell'ergastolo, che garantisca la possibilità di riesame della pena che tenga conto del suo percorso rieducativo (...)». Evidente, dunque, come la Corte costituzionale nell'adozione della [sentenza n. 253](#) non potesse esimersi dal confrontarsi anche con tale ultima affermazione, che lascia presagire – a fronte di un problema avente natura «strutturale» – l'adozione di una nuova sentenza pilota nei confronti

---

<sup>34</sup> Punto 9 *Considerato in diritto*.

<sup>35</sup> Si tratta di un regime probatorio che la Corte costituzionale mutua dalla giurisprudenza di legittimità in tema di collaborazione con la giustizia impossibile o inesigibile richiamando, *ex plurimis*: Corte Cass, sez. I pen., sentt. 13 agosto 2019, n. 36057, 8 luglio 2019, n. 29869 e 12 ottobre 2017, n. 47044.

<sup>36</sup> Punti 5.2. e 5.3. *Considerato in diritto*.

<sup>37</sup> In argomento la Corte EDU richiama la già menzionata [sentenza della Corte costituzionale n. 149 del 2018](#).

dell'Italia<sup>38</sup> qualora non fosse garantita, anche nei confronti dei condannati per i delitti di cui al 4-*bis*, 1 comma, o.p., la possibilità di una progressiva modulazione dell'esecuzione penale che tenga conto del percorso rieducativo intrapreso dal condannato anche in assenza di una sua collaborazione con la giustizia<sup>39</sup>.

La Corte costituzionale, dunque, difficilmente avrebbe potuto assumere una decisione in aperto contrasto con una pronuncia sovranazionale dai chiari intenti monitori proprio in riferimento al meccanismo relativo alla concessione dei benefici penitenziari di cui i permessi premio indiscutibilmente fanno parte.

Sul punto merita tuttavia di esser messa in luce la scelta, tutt'altro che obbligata, operata dai giudici costituzionali di motivare l'illegittimità dell'art. 4-*bis*, 1 comma, o.p. proseguendo lungo la strada tracciata dal richiamato filone giurisprudenziale in materia di automatismi legislativi. Il rischio, in effetti, era che la Corte – nel motivare l'accoglimento – potesse rimodulare le argomentazioni che nel 1974 l'avevano condotta a “salvare” dall'incostituzionalità la pena perpetua in quanto la liberazione condizionale, come in astratto l'istituto dei permessi premio, consente anche all'ergastolano un reingresso nel consesso sociale<sup>40</sup>. Viceversa, adottando un accoglimento additivo ad effetto sostitutivo con conseguente metamorfosi della presunzione da assoluta a relativa, la Corte si pone in linea con quanto affermato nella ben diversa [sentenza n. 313 del 1990](#), pietra miliare nella valorizzazione del finalismo rieducativo, nella quale i giudici costituzionali ebbero modo di chiarire che il recupero sociale del condannato è fine ultimo e risolutivo della pena; gli altri caratteri della sanzione penale (afflittivo, preventivo, etc.) «non possono in nessun caso autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena». Se così non fosse «si correrebbe il rischio di strumentalizzare l'individuo per fini generali di politica criminale (...) o di privilegiare la soddisfazione di bisogni collettivi di stabilità e sicurezza (...), sacrificando il singolo attraverso l'esemplarità della sanzione»<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Si tratta di un istituto di origine giurisprudenziale – affermatosi per la prima volta nel caso *Broniowski c. Polonia* (ric. n. 31443/96) – e successivamente formalizzato nell'art. 46, comma 1, della Convenzione EDU e nell'art. 61 del Regolamento della Corte, introdotto il 21 febbraio 2011. Come noto, i giudici di Strasburgo ricorrono alle sentenze pilota per far fronte a violazioni della Convenzione derivanti da cause strutturali, peraltro testimoniate dall'esorbitante numero di ricorsi pendenti aventi il medesimo oggetto. La pronuncia suggerisce allo Stato le misure individuali e generali da adottare per adempiere all'obbligo di conformazione: è concesso a tal fine un termine per l'adempimento sospendendo contestualmente l'esame dei ricorsi analoghi pendenti davanti alla Corte.

In proposito si ricorda che l'Italia è stata recentemente destinataria di una sentenza pilota nel noto caso *Torreggiani e altri c. Italia* (decisione adottata l'8 gennaio 2013, ric. nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10). In estrema sintesi, i giudici di Strasburgo hanno concesso al nostro Paese un anno di tempo per adottare una serie di riforme strutturali volte a ridurre l'ormai endemico fenomeno del sovraffollamento carcerario negli istituti penitenziari italiani anche mediante l'introduzione di una serie di rimedi aventi natura preventiva e compensativa.

Sulla sentenza *Torreggiani* la produzione è assai ampia: cfr., tra i molti e su diversi aspetti, S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, op. cit., 137 - 157; G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Dir. umani e dir. inter.*, 2013, 147-158.; F. FIORENTIN, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'ultimatum della Corte EDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2013, 2037 ss.; F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 9 gennaio 2013.

Per un'analisi critica delle diverse misure adottate in seguito alla sentenza *Torreggiani c. Italia* v. i contributi presenti in M. RUOTOLO (a cura di), *Il senso della pena*, op. cit.

<sup>39</sup> Sono considerazioni riprese dalle più ampie riflessioni proposte in S. TALINI, *Viola c. Italia*, op. cit.

<sup>40</sup> [Corte cost., sent. n. 164 del 1974](#). In argomento va precisato che la Corte, nell'adozione di tale decisione, ha accolto una concezione polifunzionale della pena dichiarando espressamente che «la Costituzione, oltre a disporre che le pene siano sempre umane, evidenzia la necessità che (...) abbiano quale funzione e fine il riadattamento alla vita sociale». Tuttavia «funzione (e fine) della pena non è certo il solo riadattamento dei delinquenti, purtroppo non sempre conseguibile (...), non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena».

<sup>41</sup> In ordine alla valorizzazione del principio rieducativo v. anche [Corte cost., sent. n. 204 del 1974](#) in cui i giudici costituzionali affermarono che al reo deve essere riconosciuto un diritto soggettivo alla rieducazione, o meglio, «il diritto

Accanto alla Corte EDU una seconda “pressione”, di segno ben diverso, sembra essere stata esercitata dall’opinione pubblica per il tramite dell’attuale classe politica. In effetti la pronuncia, in alcune sue parti, tradisce le difficoltà della Corte costituzionale nell’intervenire – seppur non direttamente – anche in materia di ergastolo ostativo in un clima politico (e sociale) in cui sovente si sente invocare, più che la sicurezza dei diritti, un oscuro “diritto alla sicurezza”<sup>42</sup>. Sintomo di tale “seconda pressione” parrebbe proprio il richiamo all’istituto di cui agli articoli 176 e 177 del codice penale: in effetti nel tentativo di delimitare il perimetro dell’accoglimento, la Corte sembra spingersi al di là delle questioni sollevate dai giudici *a quibus* quando afferma che la decisione non ha ad oggetto la liberazione condizionale.

La scelta di inserire tale espressa dichiarazione nella motivazione della sentenza, non solo sembra muovere oltre i confini delle ordinanze di rimessione – unicamente riferite al beneficio di cui all’art. 30-ter o.p. – ma si colloca, peraltro, in un difficile rapporto di coerenza con la successiva esaltazione della funzione dei permessi premio, definiti dalla stessa Corte – proprio in relazione alle pene medio-lunghe – «un peculiare istituto del complessivo programma di trattamento, consentendo al detenuto, a fini rieducativi, i primi spazi di libertà, mostrando perciò una funzione “pedagogico-propulsiva”»<sup>43</sup>. A ben vedere tale ruolo “pedagogico-propulsivo” dei permessi premio, propedeutici al reingresso del condannato in società, risulta privo di ogni efficacia progettuale concreta se al detenuto resta preclusa – in senso assoluto – la possibilità di immaginare una nuova vita all’esterno delle mura carcerarie<sup>44</sup>.

Deve ancora rilevarsi come l’inversione dell’onere probatorio, che pone ad esclusivo carico del condannato non solo la necessità di dimostrare la totale assenza dei legami con la criminalità organizzata ma altresì – in astratto – che non vi sia il «pericolo di un loro ripristino», ponga un

---

a che (...) il protrarsi della realizzazione della pretesa punitiva venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo».

La volontà di espandere i confini del finalismo rieducativo oltre la fase esecutiva delle sanzioni penali deve considerarsi un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza costituzionale. Nella [decisione n. 79 del 2007](#) i giudici rilevano che il principio rieducativo della pena «deve riflettersi in modo adeguato su tutta la legislazione penitenziaria», la quale «deve prevedere modalità e percorsi idonei a realizzare l’emenda e la risocializzazione del condannato, secondo scelte del legislatore, le quali, pur nella loro varietà tipologica e nella loro modificabilità nel tempo, devono convergere nella valorizzazione di tutti gli sforzi compiuti dal singolo condannato e dalle istituzioni per conseguire il fine costituzionalmente sancito della rieducazione». Ancora nella successiva [sentenza n. 129 del 2008](#) la Corte, dopo aver chiarito come la funzione rieducativa debba necessariamente leggersi in un rapporto di netta scissione rispetto alle norme del giusto processo, ribadisce che la necessità che la pena debba “tendere” a rieducare «lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che la caratterizzano».

In ordine alla valorizzazione della rieducazione come principio generale dell’ordinamento si segnala, inoltre, la recente [sentenza n. 179 del 2017](#) del Giudice delle leggi su cui v. D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?*, in [Rivista AIC](#), 4, 2017.

In merito alla centralità dell’ideale rieducativo quale vincolo per il legislatore a partire dalla [sentenza n. 313 del 1990](#) cfr., tra i molti, S. TALINI, *La privazione della libertà personale*, op. cit., 75-79; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2, 2017, 48-60; F. BALIO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, 2012, 292 ss.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Napoli, 2002, 34-35 e, più di recente dello stesso Autore, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in [Rivista AIC](#), fasc. 3/2016, spec. 6-38; G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2001, 131 ss.

<sup>42</sup> Sul complesso rapporto tra bisogno di sicurezza e garanzia dei diritti v. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in S. ANASTASIA, M. PALMA (a cura di), *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, Roma, 2001, 19 ss. e M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 18 ss.

<sup>43</sup> Punto 8.2. *Considerato in diritto*. In argomento la Corte costituzionale richiama le sue precedenti decisioni in tema di permessi premio ([sent. n. 188 del 1990](#), [n. 504 del 1995](#), [nn. 227 e 445 del 1997](#) e [n. 257 del 2006](#)).

<sup>44</sup> In ordine a tale criticità v. M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, punti 4 e 6. Il testo è stato predisposto in occasione dell’audizione presso la Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere presso il Senato della Repubblica il 10 dicembre 2019 e disponibile in [Sistema Penale](#).

aggravio sul piano probatorio che non appare possibile dimostrare con un sufficiente margine di certezza. In effetti non si vede come il detenuto possa documentare, in maniera incontrovertibile, l'inesistenza di un pericolo in astratto: si tratta di una prova dai confini evanescenti e ipotetici con la conseguenza che il regime probatorio posto a carico dei richiedenti, rischia di trasformarsi da «rafforzato», come gli stessi giudici costituzionali lo definiscono, in una vera e propria *probatio diabolica*<sup>45</sup>.

A tale considerazione deve aggiungersi la richiamata previsione che preclude la possibilità di concedere qualunque beneficio penitenziario allorché vi sia una comunicazione da parte del Procuratore nazionale antimafia o distrettuale in ordine al perdurare dell'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata<sup>46</sup>. A fronte di tale regime probatorio, dai potenziali confini “diabolici”, appaiono allora tanto più immotivate le reazioni dell'opinione pubblica, e ancor più della classe politica, a fronte della decisione della Corte costituzionale accusata di aver aperto le porte del carcere ai boss della criminalità organizzata. I giudici costituzionali, invero, hanno esclusivamente trasformato una presunzione da assoluta a relativa attribuendo al giudice il potere-dovere di decidere, insieme alle autorità antimafia, se le allegazioni probatorie prodotte dal ricorrente siano adeguate alla concessione del permesso premio, in base alle peculiarità del caso concreto e secondo i rigidi confini sinora delineati.

Merita da ultimo un richiamo, quale decisione che si pone nel più immediato seguito della sentenza in commento, l'ancora più recente [pronuncia n. 263 del 2019](#) con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 2, comma 3, del nuovo ordinamento penitenziario minorile<sup>47</sup> nella parte in cui, ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno, prevedeva l'applicazione – anche nei confronti dei condannati minorenni – del meccanismo ostativo di cui all'art. 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, o.p.

La Corte rileva, in primo luogo, un aperto contrasto con i principi contenuti nella legge di delega n. 103 del 2017<sup>48</sup> nella misura in cui prescrivevano al delegato un ampliamento dei criteri di accesso alle misure alternative alla detenzione e l'eliminazione di ogni automatismo nella concessione dei benefici penitenziari. L'illegittimità della norma, tuttavia, non si arresta alla sola violazione delle prescrizioni contenute nella legge di delega.

I giudici costituzionali ancorano altresì l'incostituzionalità al contrasto con gli artt. 27, comma 3, e 31, secondo comma, Cost.: la Corte, in effetti, si era già espressa in relazione all'illegittimità della pena dell'ergastolo nei confronti dei condannati infradiciottenni in forza «dei principi di speciale protezione per l'infanzia e la gioventù, di individualizzazione del trattamento punitivo del minore e di preminenza della finalità rieducativa»<sup>49</sup>. L'incostituzionalità dunque – anche in riferimento alla nuova formulazione contenuta nel d.lgs. n. 121 del 2018 – risiede nell'impossibilità da parte dell'autorità giudiziaria di operare una valutazione individualizzata in riferimento al percorso di risocializzazione intrapreso dal singolo detenuto minorenne, così restituendo al giudice la possibilità di una

---

<sup>45</sup> Sul punto ancora Marco Ruotolo ha efficacemente affermato che «le condizioni poste dalla [sent. n. 253 del 2019](#) sono tali da lasciare intendere che la concessione del permesso premio costituirà un'eccezione alla regola del diniego. È stata rimossa una presunzione assoluta, forse sostituita da una presunzione semi-assoluta piuttosto che relativa» (M. RUOTOLO, *Idem*, punto 3). Si vedano altresì le puntuali riflessioni compiute dall'Autore, dalla scrivente interamente condivise, riguardo ai pericoli di possibili seguiti legislativi della [sentenza n. 253](#) tesi a ridurre la sua portata, ad accentrare in un'unica sede i giudizi relativi alle richieste dei permessi premio dei condannati per reati ostativi e ad inasprire le condizioni di accesso alla liberazione condizionale (punti 6 e 7).

<sup>46</sup> Art. 4-*bis*, 3 comma 3-*bis*, o.p.

<sup>47</sup> D.lgs. del 2 ottobre 2018 n. 121 del 2018, rubricato “Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni” in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103.

<sup>48</sup> Il riferimento è all'art. 1, comma 85, lettera p), numeri 5) e 6).

<sup>49</sup> [Corte cost., sent. n. 168 del 1994](#). Gli stessi giudici ricordano di essersi pronunciati in analoga direzione in riferimento ad altri istituti dell'ordinamento penale e penitenziario riferiti ai condannati aventi minore età ([sentt. nn. 125 del 1995, 109 del 1997, 403 del 1997, 16 del 1998, 450 del 1998, 436 del 1999, 90 del 2017](#)).



«valutazione caso per caso dell'idoneità e della meritevolezza delle misure extramurarie, secondo il progetto educativo costruito sulle esigenze del singolo»<sup>50</sup>.

Le considerazioni sinora espresse consentono un'ultima riflessione d'insieme. Se è indubbio che la pena assuma – almeno nella sua conformazione *de facto* – una fisionomia plurima, essendo inevitabilmente afflittiva e preventiva (in senso speciale e generale), non può tuttavia negarsi che il solo fine attribuito dai Costituenti al sistema di esecuzione penale sia la risocializzazione di ogni condannato (art. 27, comma 3, Cost.). Ne consegue l'impossibilità di operare una compressione *tout court* del finalismo rieducativo; esso potrà senza dubbio ridurre il suo perimetro d'azione in ragioni di gravi e perduranti esigenze di scurezza in riferimento a reati di particolare allarme sociale (di cui certamente fanno parte i delitti di criminalità organizzata), ma non sino al punto di sottrarre interamente dalla sua sfera applicativa una categoria di condannati. Del resto, come gli stessi giudici costituzionali hanno chiarito nella nota – e già citata – [sentenza n. 313 del 1990](#), il finalismo rieducativo si afferma come valore generale dell'ordinamento ed è posto in una relazione di necessaria interdipendenza con il momento umanitario. Nell'inscindibile rapporto «il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici di cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie». Qui la centrale svolta di principio: la rieducazione, in esecuzione di un espresso obbligo costituzionale, deve orientare non solo l'opera delle autorità penitenziarie e del giudice ma anche, in un momento antecedente, le scelte del legislatore verso politiche criminali in grado di favorire positivamente – anche tramite la flessibilità delle sanzioni e la progressione del trattamento – il reinserimento sociale di ogni condannato<sup>51</sup>.

Ne consegue che ad essere contraria al dettato costituzionale nella [sentenza n. 253 del 2019](#) – e, per analogia, nella [successiva n. 263](#) – non sia la presunzione di pericolosità in quanto tale, ma il suo carattere di insuperabilità da cui discende una totale (e per questo illegittima) rinuncia dell'ordinamento nel perseguire, in concreto, l'ideale rieducativo nei confronti di una determinata tipologia di condannati. Ciò che la Corte afferma, in conclusione, è che la presunzione di pericolosità sociale non può mai essere assoluta: ciò che necessariamente deve assumere tale carattere di assolutezza è, al contrario, il rispetto dell'art. 27, comma 3, Cost. che impone un'inderogabile tutela dei principi di umanità e risocializzazione in riferimento a ogni persona sottoposta a una condanna di natura penale.

---

<sup>50</sup> La Corte precisa che, in ordine a tale valutazione, particolare rilievo assumono le ragioni della mancata collaborazione, le condotte concretamente riparative e i progressi compiuti nell'ambito del percorso riabilitativo intramurario.

<sup>51</sup> V. precedente nota n. 41.

**James Mitchell\***  
**A tale of two elections**

The first election in the UK held in December since 1923 has resulted in the Conservatives winning an overall majority in the House of Commons. Boris Johnson led the Conservatives to victory, humiliating the Labour Party which had its worst election performance since 1935, achieving the kind of victory Theresa May, his predecessor, had hoped to achieve only two years before. Having failed to win an overall majority, Mrs May had intended to use prerogative powers, allowing the executive branch to negotiate and agree international treaties, and avoid having to gain Parliamentary approval. But this had been challenged in the courts. The UK's Supreme Court, an institution established only in 2009, ruled that Parliamentary approval was necessary. Brexit had dominated the last Parliament and Mrs May was unable to win Parliamentary approval for a deal she had negotiated with the EU for the UK's withdrawal, she announced her resignation in March 2019.

**ELECTION RESULTS IN UK**

	<b>2017</b>	<b>2019</b>
Seats required for an overall majority	<b>326</b>	
Conservatives	317	365 (+47)*
Labour	262	203 (-59)
Scottish National Party	35	48 (+13)
Liberal Democrats	12	11 (-1)
Others	24	23 (-)*
<b>TOTAL</b>	<b>650</b>	<b>650</b>

*\*Includes seat previously held by Speaker of Commons who retired at election.*

Boris Johnson emerged as leader of the Conservative Party and Prime Minister in the ensuing leadership contest. Unlike his predecessor, who had declared in favour of remaining in the EU but played little part in the 2016 Brexit referendum, Johnson had been a leading figure arguing to leave the EU. The new Prime Minister renegotiated a deal with the EU which also failed to win Parliamentary approval. He did succeed in winning the approval of the Commons to call an election.

The election was dominated by Brexit. Boris Johnson brought controversial strategists and campaigners he had worked with in the Brexit referendum into his election team. His simple message, repeated constantly, was that the Conservatives would 'get Brexit done'. Johnson avoided scrutiny by the media by refusing to be interviewed wherever possible, including by the BBC's main election interviewer. His advisers had concluded that it was better for him to be criticised for avoiding scrutiny than to face the possibility that the Conservative leader might say something that would undermine the campaign. This simple strategy proved effective.

The Labour Party sought to avoid Brexit as the party was divided on Brexit and many of its erstwhile voters supported leaving the EU. Jeremy Corbyn, Labour's leader, had a history of opposing the EU but tried to bridge the Brexit chasm amongst Labour voters. He was also the most left-wing leader since the 1930s and proved an easy target for hostile newspapers intent on portraying him and his party as extremists. Labour's manifesto, proposing a policy

---

\* School of Social and Political Science, Centre on Constitutional Change, University of Edinburgh.

programme for five years in government, was the most radical in generations and proved unpopular, including amongst many of its traditional supporters. Labour under Corbyn had performed much better than most commentators had expected but two years later he proved unable to gain the momentum that had allowed Labour to prevent Theresa May from winning an overall majority.

The Liberal Democrats tried to present themselves as the only pro-Remain party and Jo Swinson, elected LibDem leader only five months before, maintained she would become Prime Minister and under her Premiership Parliament would ‘revoke Article 50’ ie reverse the decision to leave the EU without a referendum. In the event not only did her party fail to come close to becoming the largest party, Ms Swinson herself lost her seat to the Scottish National Party (SNP).

Though the UK Independence Party (UKIP) had never succeeded in gaining more than one seat at a UK general election, the threat it posed pushed the Conservatives to an increasingly hardline Brexit position. UKIP had imploded as a party after the Brexit referendum and Nigel Farage, its populist leader, established a new party – the Brexit Party which threatened to undermine the Conservatives chances in the election. Though there was little chance of the Brexit Party - winning seats, it was capable of taking votes from the Conservatives and preventing Johnson’s party from winning in a number of constituencies under the UK’s simple plurality (otherwise known as First Past The Post) electoral system. In the event, Farage announced that his party would not contest seats held by Conservatives. Farage and the Brexit Party contributed to Johnson’s success.

A very different election and electoral outcome occurred in Scotland. At the previous election in 2017, the SNP had won 35 (of 59) seats in Scotland to retain its position as Scotland’s largest party but had lost 21 seats from its extraordinary achievement in 2015 when it had won 56 of Scotland’s 59 seats. Though failing to achieve the level of support won four years ago, the SNP’s gains reduced the once dominant Labour Party in Scotland to one seat and more than halved the number of Conservative MPs. While the SNP lost a seat to the Liberal Democrats it more than made up for this by taking the seat of the Liberal Democrats’ UK leader and gaining all but one of Labour’s Scottish seats and over half Scottish Conservative seats.

#### **ELECTION RESULTS IN SCOTLAND**

	<b>2015</b>	<b>2017</b>	<b>2019</b>
Scottish National Party	56	35 (-21)	48* (+13)
Conservatives	1	13 (+12)	6 (-7)
Liberal Democrats	1	4 (+3)	4 (-)
Labour	1	7 (+6)	1 (-6)
<b>TOTAL</b>	<b>59</b>	<b>59</b>	<b>59</b>

*\*Includes an independent MP who supports Scottish independence.*

The different Scottish results reflected very different underlying issues and attitudes. Scotland had voted against Brexit (62%) in the 2016 referendum. Brexit was a key issue and the clear and growing Scottish majority in favour of remaining in the EU was disadvantage to the Conservatives whereas this had helped the Conservatives in England and Wales. The other key (and related issue) was Scottish independence and in particular a second independence referendum. The 2014 Scottish independence referendum had seen a clear majority in favour

of the union (55%) but the SNP had argued that there had been a ‘material change in circumstances’ in the form of Brexit that should allow for a second referendum.

The Scottish Conservatives, keen to avoid Brexit or defend the record of the Conservative Government in London, focused almost exclusively on opposing a second independence referendum. It hoped but failed to repeat its campaign in the previous general election when it had gained seats. Labour was in a similar position on an independence referendum in Scotland as it was on Brexit across the UK. Many Labour voters supported Scottish independence placing the party in an awkward position. The results inevitably led to Nicola Sturgeon, SNP leader and Scotland’s First Minister, to demand that Boris Johnson permit a referendum to be held in 2020.

### **What next?**

The outcome of the election means that the Conservatives now have an overall majority in the Commons. Given that no Parliament can bind its successor in the UK constitution, the Prime Minister will be relatively unfettered, subject only to the support of his own MPs. This has, of course, always been the case but the difference now is that the UK has a Prime Minister deemed by most commentators to be willing to exercise this power ruthlessly.

The Conservative manifesto gave little sense of the kind of programme he will follow. ‘Get Brexit Done’ is a slogan, not a policy, and can be interpreted in a number of ways. The manifesto states that the Johnson Government will ‘keep the UK out of the single market, out of any form of customs union, and end the role of the European Court of Justice’. It insists that the Government ‘will not extend the implementation period beyond December 2010’. This will, in their words ‘unleash Britain’s potential’. Various promises are made to increase spending and introduce an ‘Australian points-based system’ of immigration controls. The promise to balance the budget while opposing tax increases means, as the respected Institute for Fiscal Studies reported in its comment on the various parties’ manifestos, ‘The chances of holding spending down as they [the Conservatives] propose over a five-year parliament look remote.’ The prospect of a smooth Brexit which ‘unleashes’ economic potential or even has no adverse effect on the UK economy is widely seen as unrealistic.

Brexit was portrayed in the referendum and again in the recent election as a simple binary question: Leave vs Remain. In reality, it involves a series of relationships covering an array of issues. While the initial deal will now easily pass through Parliament, negotiations on the nature of this complex relationship will begin. The UK Government has added an amendment to legislation it had tried to gain Parliamentary approval for which will prevent any extension of the transition period beyond the end of 2020. If at the end of this period, no deal is agreed on future trading relations then EU-UK relations would default to World Trade Organization terms.

The Conservative Government’s post-Brexit experience has encouraged it to consider reforms to the UK’s constitution. The Conservative manifesto hinted at significant changes in how the UK will be governed without making any commitments. The manifesto stated, ‘...we need to look at the broader aspects of our constitution: the relationship between the Government, Parliament and the courts; the functioning of the Royal Prerogative; the role of the House of Lords; and access to justice for ordinary people.’ They promise to set up a Constitution, Democracy & Rights Commission to examine these and other matters. This has been interpreted by some critics as an ominous sign that the Government aims to take revenge

on the Supreme Court following its decision forcing the previous Prime Minister to face a Parliamentary vote on her Brexit Deal.

But while the Johnson Government may be confident that its majority allows it fairly unlimited power to pursue its Brexit agenda and alter the UK constitution, it faces difficulties in Scotland. The Conservatives fought what almost amounted to a single issue campaign in Scotland. They campaigned against a second independence referendum. The SNP had argued that an independence referendum should be held in 2020 and maintained that their victory meant there was a ‘mandate’ for a referendum. There remains little likelihood of an independence referendum in 2020 as this would require either the UK Parliament to agree to this or the Scottish Government introduces legislation to permit a consultative referendum in the Scottish Parliament. There is little doubt that any effort by the Scottish Parliament to legislate for a referendum would be challenged in the courts.

While the UK Government is likely to win the battle of whether a referendum is held, they find themselves on the defensive in Scotland with only six of Scotland’s 59 seats. The ‘Scottish Question’ never disappeared after the 2014 independence referendum and Brexit has breathed new life into the issue. Brexit has once more highlighted a growing divergence in opinion in Scotland from the rest of the UK.

The UK’s 2019 election marked a potentially significant moment in UK politics. It ensures that the UK will leave the EU, ending speculation that there might be a second Brexit referendum. It provides Boris Johnson with a large overall majority, allowing him to make changes to the UK constitution. But it has also left a major question over Scotland’s position within the UK.

Antonello Lo Calzo

## Illeciti e sanzioni disciplinari del magistrato tra automatismi legislativi e recenti interventi della Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. Introduzione. Lo sporadico accesso in via incidentale alla Corte costituzionale sulle questioni inerenti il procedimento disciplinare dei magistrati. – 2. La concreta portata dell'art. 12, comma 5, d.lgs. n. 109 del 2006 (applicato all'art. 3, comma 1, lett. e) nella giurisprudenza e l'eventualità di una sua interpretazione conforme a Costituzione. – 3. I distinti profili problematici emergenti dalla posizione della Corte costituzionale: a) La disparità di trattamento interna ed esterna. Il problema del rispetto della discrezionalità del legislatore. – 4. *Segue*: b) Ragionevolezza e automatismi sanzionatori. Il problema della svalutazione del potere di apprezzamento del fatto da parte del giudice. L'art. 3 *bis* del d.lgs. n. 109 del 2006 come unico strumento di graduazione della "gravità" disciplinare? – 5. Le differenze rispetto al precedente della [sentenza n. 170 del 2015](#): automatismo della sanzione accessoria del trasferimento ed eterogeneità delle fattispecie interessate. – 6. Gli automatismi sanzionatori in ambito penale e in ambito disciplinare: una diversa operatività delle garanzie costituzionali. – 7. Conclusioni. Valutazione della Corte costituzionale incentrata sulla ragionevolezza e la proporzionalità della sanzione, ma che non tiene in adeguato conto la graduazione alla gravità del fatto.

*1. Introduzione. Lo sporadico accesso in via incidentale alla Corte costituzionale sulle questioni inerenti il procedimento disciplinare dei magistrati*

Il tema concernente la legittimità costituzionale delle disposizioni che regolano il sistema disciplinare dei magistrati è stato oggetto di particolare attenzione in dottrina, ma ha trovato concretizzazione soltanto in un numero molto limitato di casi dinanzi alla Corte costituzionale. Lo spunto per l'implementazione della casistica è stato offerto da una serie di provvedimenti piuttosto recenti che, soprattutto a partire dal 2015, hanno visto il Giudice delle leggi soffermarsi nella trattazione di questioni coinvolgenti il procedimento disciplinare del magistrato. Ultima in ordine di tempo la [sentenza 12 novembre 2018, n. 197](#)<sup>1</sup>, con cui la Corte costituzionale è tornata ad occuparsi della giustizia disciplinare dei magistrati sotto il profilo sostanziale, piuttosto che processuale, avendo riguardo alla tematica degli automatismi legislativi, ovvero, alla legittimità di quelle disposizioni che stabiliscono l'automatica applicazione di una sanzione senza alcuna possibilità di graduazione da parte del giudice.

Da un punto di vista generale, dopo la riforma apportata alla materia disciplinare, con d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, non pare si possano riscontrare sentenze od ordinanze della Corte sulla legittimità di disposizioni che regolano il giudizio disciplinare, mentre i provvedimenti relativi alla illegittimità di determinate fattispecie di illecito o delle relative sanzioni si contano sulle dita di una mano, e se si guarda soltanto alle sentenze di accoglimento il dato è ancora più ristretto<sup>2</sup>. La ragione

<sup>1</sup> Si tratta di una decisione che si concentra su un profilo della responsabilità disciplinare dei magistrati caratterizzato da uno spiccato, ma interessante "tecnicismo". Sulla decisione si rinvengono al momento una nota di richiami pubblicata in *Foro it.*, I, 2019, 66 ss.; una nota di G. MARINO, *Il magistrato riceve un prestito dall'imputato? Legittima la rimozione obbligatoria*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 199, 2018, 7 ss.; mentre maggiori approfondimenti sono offerti dalla nota di L. PACE, *Sanzione disciplinare del magistrato e presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi*, in *Giur. cost.*, 2018, 2046 ss.

<sup>2</sup> La prima occasione in cui la Corte costituzionale è stata chiamata ad occuparsi del disciplinare di magistrati dopo la riforma del 2006 è stata con l'[ordinanza n. 356 del 2007](#), concernente la legittimità degli artt. 17 e 19 del d.lgs. n. 109 del 2006, nella parte in cui prevedevano la facoltà del ministro della giustizia di partecipare all'udienza disciplinare che si svolge di fronte alla Sezione; tuttavia, il sopravvenire di una riforma delle disposizioni oggetto di giudizio aveva indotto la Corte ad adottare un'ordinanza di restituzione degli atti al giudice *a quo*, senza approfondire la questione nel merito. Successivamente la Corte era stata investita della questione di legittimità dell'art. 3, comma 1, lett. h, del d.lgs. n. 109 del 2006, che prevede quale fattispecie di illecito disciplinare l'iscrizione ad un partito politico del magistrato, tuttavia, con [sentenza n. 224 del 2009](#), ha deciso nel senso della manifesta infondatezza della questione, perché la previsione di una siffatta ipotesi di illecito, seppur limitativa di un diritto del magistrato, trova la sua ragion d'essere nell'esigenza «di porre una tutela rafforzata dell'immagine di indipendenza del magistrato, la quale può essere posta in pericolo [...] dall'essere

di ciò è stata in prevalenza individuata in un atteggiamento non particolarmente propositivo da parte dei giudici rimettenti – sia Sezione disciplinare sia Corte di cassazione – attestati spesso su una lettura dei singoli aspetti controversi che ne consentiva, a loro giudizio, la riconduzione ai parametri costituzionali, con conseguente declaratoria di manifesta infondatezza delle eccezioni prospettate già nella sede dei giudizi *a quibus*<sup>3</sup>.

La [sentenza n. 197 del 2018](#) ha costituito, pertanto, un caso del tutto peculiare, perché si colloca nel solco di una giurisprudenza costituzionale in materia di giustizia disciplinare dei magistrati abbastanza contenuta, ma offre una serie di spunti di sicuro interesse nella misura in cui sia possibile contestualizzare alcuni aspetti maggiormente “tecnici” alla luce di un discorso di più ampia portata concernente la legittimità degli automatismi legislativi<sup>4</sup> e i riflessi che questi hanno sul principio di eguaglianza, sulla ragionevolezza e sulla discrezionalità del legislatore. Il profilo generale relativo alle decisioni della Corte sul disciplinare dei magistrati si interseca, quindi, con l’altro – altrettanto generale – della legittimità costituzionale degli automatismi legislativi, in particolare nell’ambito dei procedimenti disciplinari.

Se ciò è vero, è indicativo che tra i casi, di per sé già rari, di sentenze sul procedimento disciplinare dei magistrati è possibile rinvenirne soltanto uno in cui la Corte costituzionale si è espressa nel senso dell’illegittimità costituzionale, a anche questo riguardava un’ipotesi di automatismo sanzionatorio. Si tratta della [sentenza 16 luglio 2015, n. 170](#), che assume, ai fini del discorso che si vuole impostare, un particolare rilievo, non solo perché si tratta di una sentenza di accoglimento, ma anche e soprattutto perché, riguardando una disposizione – quella sul trasferimento obbligatorio del magistrato in ipotesi di illecito di cui all’art. 2, comma 1, lett. *a* – espressiva di un automatismo legislativo in ambito disciplinare.

---

il magistrato politicamente impegnato e vincolato ad una struttura partitica». A tale decisione è seguita poi l’[ordinanza n. 91 del 2014](#) che dichiarava la manifesta inammissibilità della questione per difetto di rilevanza e concerneva la possibile interpretazione degli artt. 13 e 22 del d.lgs. n. 109 del 2006 nel senso che l’individuazione della sede del trasferimento del magistrato fosse rimessa alla Sezione con decisione appellabile innanzi alla Cassazione (e non al Giudice amministrativo). Dopo questa decisione si è avuta l’unica sentenza di incostituzionalità adottata dalla Corte in tale ambito, [la n. 170 del 2015](#) – sulla quale si avrà modo di tornare più volte in questo lavoro – relativa alla legittimità dell’art. 13, comma 1, secondo periodo, nella parte in cui dispone il trasferimento obbligatorio del magistrato ad altra sede o altro ufficio quando ricorre una delle violazioni previste dall’art. 2, comma 1, lett. *a*, del medesimo decreto. In tempi recenti, la Corte è nuovamente intervenuta sulla legittimità della fattispecie di illecito relativa al divieto di iscrizione a partiti politici per i magistrati, anche collocati in aspettativa per motivi elettorali. Con la [sentenza n. 170 del 2018](#), di infondatezza, il Giudice delle leggi ravvisa che non ogni forma di partecipazione politica del magistrato assume il medesimo rilievo sul piano disciplinare, restando rimesso del giudice l’apprezzamento della varietà e della rilevanza delle situazioni che si possono presentare in concreto, senza che la previsione del suddetto divieto di iscrizione possa tradursi in alcuna forma di automatismo sanzionatorio in ipotesi di “generica” partecipazione politica del magistrato.

<sup>3</sup> In questo senso, si veda, G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo?*, Torino, 2018, 141 ss., part. 155, il quale, avanzando ipotesi sui motivi dello scarso accesso al giudizio costituzionale per le questioni relative al disciplinare dei magistrati, sulla base di uno studio casistico, ritiene che le ragioni possano essere individuate sia in una valutazione generalmente positiva, sotto il profilo della tenuta costituzionale, delle disposizioni che regolano il giudizio disciplinare, sia in una scarsa propensione a sollevare questioni attinenti al procedimento disciplinare da parte di un giudice talvolta definito “domestico”. Nessuna delle due ragioni, però, osserva lo stesso autore, si presta ad una utilità di carattere generale, essendo piuttosto legate alle specificità dei singoli casi concreti.

<sup>4</sup> L’espressione “automatismi legislativi” è estremamente ampia e può essere dunque meglio puntualizzata. Automatismo, infatti, può essere anche qualsiasi regola rigida e non altrimenti modulabile che impone al verificarsi di una data circostanza il prodursi di un preciso effetto giuridico. Tuttavia, non ogni automatismo desta dubbi di legittimità costituzionale, ma – come osserva S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in A. APOSTOLI e M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, 224 – soltanto «quei dispositivi normativi che intervengono “rigidamente” in settori ove la disciplina applicabile in via generale sia invece improntata a “flessibilità”, e dunque proporzionalità e capacità di adeguamento alle specificità dei molti casi della vita». Tra questi rientrano quelli che più specificamente possono essere definiti “automatismi sanzionatori”.

Ciò comporta la necessità di operare ulteriori approfondimenti per spiegare il motivo per cui la Corte, con la [sentenza n. 197 del 2018](#), ha ritenuto, invece, di fare salva la disposizione dell'art. 12, comma 5, del d.lgs. n. 109 del 2006 che prevedeva anch'essa una sanzione di tipo "automatico"<sup>5</sup>.

Le difficoltà legate alla decisione adottata nel caso più recente sono ben dimostrate da una vicenda processuale piuttosto indicativa: la sostituzione del giudice relatore con altro giudice per la redazione. Si ritiene, in genere, che questa, ove avvenga, sia sempre espressione di un "dissenso" tra la soluzione proposta dal giudice relatore e quella votata dal *plenum* della Corte. Pertanto, anche se non è possibile conoscere con certezza i profili di dettaglio della tesi sostenuta dal relatore, visto che il nostro sistema di giustizia costituzionale non conosce la possibilità di manifestare alcuna forma di *dissenting* o *concurring opinion*<sup>6</sup>, è verosimile che il giudice relatore Modugno propendesse per una soluzione diversa del caso, magari più simile a quella già fatta propria dalla Corte nella precedente [sentenza n. 170 del 2015](#), e comunque distinta da quella poi accolta dalla Corte nelle motivazioni redatte dal giudice Viganò.

La questione decisa dalla Corte con la [sentenza n. 197 del 2018](#) non si contraddistingue, quindi, per una perfetta aderenza rispetto ai precedenti, ma, per giungere ad una declaratoria di infondatezza, il Giudice delle leggi ha seguito un articolato complesso argomentativo, fatto di distinguo ed eccezioni che hanno consentito, nella sua prospettiva, di differenziare l'ipotesi di automatismo illegittimo di cui alla [sentenza n. 170 del 2015](#) da quello legittimo di cui alla più recente sentenza n. 197.

Il giudizio è promosso con due ordinanze della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura – nn. 158 e 159 del 12 luglio 2017 – le quali evidenziano una certa "sensibilità" del giudice disciplinare dei magistrati sia per il rispetto di un principio generale quale quello di proporzionalità della sanzione, sia per la necessità di preservare una certa sfera di discrezionalità decisionale in capo all'organo giudicante, in modo da consentire un migliore adattamento del diritto astratto al caso concreto. Il dubbio riguarda, in particolare, la legittimità dell'art. 12, comma 5, del d.lgs. n. 109 del 2006, nella parte in cui prevede la sanzione obbligatoria della rimozione per il magistrato che sia stato condannato in via disciplinare per l'illecito di cui all'art. 3, comma 1, lett. e, del d.lgs. n. 109 del 2006<sup>7</sup>.

Il quadro di fondo, come si cercherà di approfondire, è costituito dal principio di ragionevolezza, declinato sotto diverse prospettive, tutte in qualche modo riconducibili al principio di proporzionalità e gradualità della sanzione, secondo un giudizio "complesso e complessivo"<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Il tema dell'automatismo sanzionatorio nella giustizia disciplinare dei magistrati, d'altra parte, è molto ricorrente nella più recente giurisprudenza costituzionale, anche quando di vero e proprio automatismo non pare si possa parlare. In tal senso, la [sentenza 20 luglio 2018, n. 170](#), con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza della questione concernente il divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati, nella sua motivazione accenna proprio alla conformità della norma impugnata alla sua giurisprudenza in materia di divieto di automatismi sanzionatori in quanto, la possibilità per il giudice disciplinare di distinguere tra le diverse ipotesi di "partecipazione" politica del magistrato, sanzionando soltanto quelle che abbiano integrato la fattispecie della "adesione al partito politico", esclude che ogni forma di condotta politica del magistrato sia automaticamente sanzionabile. Sul punto G. SOBRINO, *Magistrati "in" politica: dalla Corte costituzionale un forte richiamo all'indipendenza (ed alla sua immagine esteriore)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), n. 8/2018, 4 e 8. Va comunque precisato che, in questo caso, non pare possibile parlare di automatismo sanzionatorio nel senso proprio del termine, trovandoci piuttosto di fronte ad una fattispecie di illecito ben definita che, a prescindere dalla sua logicità, intende "incriminare" un fatto materiale determinato, ossia "l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici", e non ogni forma di partecipazione politica.

<sup>6</sup> Per questa ragione in dottrina la dissociazione tra giudice relatore e giudice redattore è stata definita «la via italiana al dissenso all'interno delle pronunce della Corte». Si veda E. MALFATTI, S. PANIZZA e R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2018, 84.

<sup>7</sup> Tale disposizione tipizza come illecito la condotta di chi intende «ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello nel quale esercita le funzioni giudiziarie, ovvero dai difensori di costoro, nonché ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni, a condizioni di eccezionale favore, da parti offese o testimoni o comunque da soggetti coinvolti in detti procedimenti».

<sup>8</sup> È stato, infatti, osservato che la sanzione disciplinare costituisce il risultato di un giudizio "complesso e complessivo": «complesso perché tiene conto di tutte le circostanze (aggravanti e attenuanti) e complessivo perché valuta



In base a tale *modus operandi* l'applicazione della sanzione disciplinare ruoterebbe sempre attorno al principio di proporzionalità per cui, «ove sia riconosciuta la responsabilità dell'incolpato, la scelta della sanzione da applicare va effettuata, da parte della sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, secondo il criterio della proporzionalità tra il fatto addebitato e la sanzione che deve essere irrogata, intesa come adeguatezza alla concreta fattispecie disciplinare ed espressione della razionalità che fonda il principio di eguaglianza, e, quindi, non già in astratto ma con specifico riferimento a tutte le circostanze del caso concreto; a tal fine, devono formare oggetto di valutazione la gravità dei fatti in rapporto alla loro portata oggettiva, la natura e l'intensità dell'elemento psicologico nel comportamento contestato unitamente ai motivi che l'hanno ispirato e, infine, la personalità dell'incolpato, in relazione, soprattutto, alla sua pregressa attività professionale e agli eventuali precedenti disciplinari»<sup>9</sup>.

Questa regola di giudizio, già ampiamente radicata nel previgente sistema disciplinare, poteva subire una compressione ad opera della riforma del 2006 che, attraverso la tipizzazione degli illeciti e la predeterminazione delle sanzioni, lasciava meno spazio discrezionale al giudice disciplinare nella graduazione della sanzione<sup>10</sup>.

In questo senso, è stato ritenuto che dopo la riforma, il citato art. 12 del d.lgs. n. 109 del 2006 recepisca proprio il principio di proporzionalità, correlando a ciascun illecito una determinata sanzione al crescere della sua gravità<sup>11</sup>. A garantire la piena attuazione di tale principio, anche dopo la riforma, sarebbe sufficiente il mantenimento della tesi per cui la scelta della sanzione da irrogare spetta sempre al giudizio discrezionale della Sezione disciplinare secondo valutazioni che rientrano nel merito della propria decisione, insindacabili in sede di legittimità, se non nei limiti propri del controllo innanzi alla Cassazione<sup>12</sup>.

Il rispetto della discrezionalità nella scelta della sanzione è, d'altra parte, proprio alla base del principio, più volte ribadito dalla Corte costituzionale, secondo il quale non sarebbe possibile prevedere nei sistemi disciplinari sanzioni automatiche come conseguenza di altra condanna penale, senza una nuova valutazione del fatto in sede disciplinare<sup>13</sup>.

Tale assioma parrebbe entrare, però, in crisi proprio se si guarda allo specifico punto dell'art. 12 relativo alla sanzione della rimozione obbligatoria. Questa deve essere comminata, oltre che per la condanna all'illecito di cui all'art. 3, comma 1, lett. e, d.lgs. n. 109 del 2006, anche a chi «incorre nella interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici in seguito a condanna penale o [...] incorre in una condanna a pena detentiva per delitto non colposo non inferiore a un anno la cui esecuzione non sia stata sospesa, ai sensi degli articoli 163 e 164 del Codice penale o per la quale sia intervenuto provvedimento di revoca della sospensione ai sensi dell'articolo 168 dello stesso Codice».

La menzionata discrezionalità del giudice nella graduazione della sanzione al caso concreto pare essere talmente ridotta da far dubitare che la scelta legislativa sia effettivamente conforme al principio di proporzionalità e tale dato costituisce il punto di partenza dell'articolata motivazione che la Corte ha dovuto elaborare per “salvare” da censura una disposizione, a prima impressione, illegittima.

---

l'intera vita professionale del magistrato incolpato». D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, 2011, 57.

<sup>9</sup> Sul punto U. GIACOMELLI, *Sanzioni disciplinari e misure cautelari (casistica delle Sezioni Unite della Cassazione)*, in G. GRASSO, A. IACOBONI e M. CONVERSO (a cura di), *Codice commentato dell'ordinamento giudiziario*, in corso di pubblicazione. La giurisprudenza della Suprema Corte, d'altra parte, conferma tale ricostruzione. Si vedano, ad esempio, Cass. civ., sez. un., 4 luglio 2012, n. 11137; Cass. civ., sez. un., 24 novembre 2010, n. 23778; Cass. civ., sez. un., 15 ottobre 2003, n. 15399.

<sup>10</sup> D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, cit., 60.

<sup>11</sup> In questo senso M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE e S. VITELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010, 27.

<sup>12</sup> La giurisprudenza della Suprema corte sul punto è amplissima, si vedano a titolo esemplificativo, Cass. civ., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23677; Cass. civ., sez. un., 24 febbraio 2014, n. 4323; Cass. civ., sez. un., 8 aprile 2009, n. 8615; Cass. civ., sez. un., 27 luglio 2007, n. 16625; Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2007, n. 7102.

<sup>13</sup> M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE e S. VITELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, cit., 29.

2. *La concreta portata dell'art. 12, comma 5, d.lgs. n. 109 del 2006 (applicato all'art. 3, comma 1, lett. e) nella giurisprudenza e l'eventualità di una sua interpretazione conforme a Costituzione*

L'incongruenza sopra evidenziata non era d'altra parte passata inosservata ai commentatori. Diverse erano le voci in dottrina che avevano dubitato della legittimità costituzionale della disposizione che prevedeva come obbligatoria la sanzione della rimozione per l'illecito di cui all'art. 3, comma 1, lett. e, in quanto idonea a privare il giudice della possibilità di operare un controllo concreto sulla gravità del fatto e di graduarne, quindi, le sue conseguenze<sup>14</sup>.

Come si è anticipato in premessa, l'art. 12, comma 5, dispone l'applicazione obbligatoria della sanzione della rimozione in tre distinte ipotesi: quando il magistrato sia condannato in sede disciplinare per l'illecito previsto dall'art. 3, comma 1, lett. e, del d.lgs. n. 109 del 2006; quando abbia riportato in sede penale la condanna alla pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici (temporanea o perpetua) o quando abbia riportato in sede penale una condanna per delitto non colposo ad una pena superiore ad un anno. La disposizione in esame, quindi, costituisce una evidente deroga al generico, ma implicito, divieto di automatismi sanzionatori<sup>15</sup>, e, tuttavia, opera l'assimilazione tra ipotesi non solo diverse nella loro concreta portata, ma anche nel fondamento "teorico", tanto che per esse potrebbero aversi riscontri diversi circa la giustificazione o meno di un siffatto automatismo.

Come anche la Corte lascia intendere in alcuni passaggi della motivazione, il concetto di "automatismo" non potrebbe essere ricondotto ad una categoria generale, valida per ogni caso, ma si presterebbe ad una serie di distinzioni legate al modo in cui l'applicazione automatica pare operare. In tal senso, una cosa è prevedere la sanzione obbligatoria della rimozione per l'illecito dell'art. 3, comma 1, lett. e, che priva il giudice disciplinare di ogni potere di graduazione della sanzione; altra cosa è prevedere la medesima sanzione come conseguenza della interdizione dai pubblici uffici, ove questa potrebbe essere la semplice esplicitazione di un effetto espulsivo destinato egualmente a prodursi come conseguenza di altra misura; altra ancora è l'ipotesi della sanzione della rimozione applicata automaticamente a seguito di una condanna penale che raggiunga una certa entità, limitando la rivalutazione del fatto da parte del giudice disciplinare e ledendo il principio dell'autonomia dell'illecito disciplinare dagli altri illeciti<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> In questo senso v., L. LONGHI, *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2017, 164; a ciò, M. FRESA e V. TENORE, *La responsabilità disciplinare*, in V. TENORE (a cura di), *Il magistrato e le sue quattro responsabilità*, Milano, 2016, 332, aggiungono che il dubbio sulla legittimità appare ancora più fondato dopo che con la [sentenza n. 170 del 2015](#) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 13, comma 1, del d.lgs. n. 109 del 2006. Ancora più severe apparivano le critiche di S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2013, 340 s., il quale osservava che l'estremo rigore della sanzione, tra l'altro obbligatoria, consentirebbe al giudice, in presenza degli elementi costitutivi, soltanto di scegliere tra il disporre la rimozione del magistrato ovvero non punirlo quando la particolare tenuità del fatto consente l'applicazione dell'art. 3 bis del d.lgs. n. 109 del 2006. L'eccessiva "rigidità" decisionale mal si adatterebbe ad un illecito – quello previsto dall'art. 3, comma 1, lett. e – che può investire diversi fatti della vita sociale, che spaziano dal gravissimo al risibile e, se per le ipotesi estreme non ci sono grossi dubbi sull'adeguatezza della sanzione massima o dell'irrelevanza per particolare tenuità, vi sono tutta una serie di situazioni concrete "intermedie" per le quali il giudice disciplinare sarebbe sempre tenuto ad applicare la sanzione "estrema" della rimozione, senza alcuna possibilità di valutazione dell'adeguatezza alle peculiarità del caso. A ciò aggiunge che la previsione della rimozione come sanzione obbligatoria sarebbe intrinsecamente irragionevole in quanto disposta per condotte tenute "al di fuori delle funzioni", mentre, nel caso in cui i medesimi comportamenti fossero stati tenuti "nell'esercizio delle funzioni", sarebbe stata integrata la diversa fattispecie della violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 2, lett. d, sanzionata a partire dal minimo della censura.

<sup>15</sup> M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE e S. VITELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, cit., 56.

<sup>16</sup> Secondo M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE e S. VITELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, cit., 321 s., quest'ultima ipotesi sarebbe quella che maggiormente contrasterebbe con i principi costituzionali, adducendo a ciò una serie di argomenti ricavati dalla giurisprudenza del Giudice delle leggi, ai quali si rinvia, richiamando in tale sede solo, a titolo esemplificativo, le sentenze [Corte cost., 12 ottobre 1988, n. 971](#), e [19 aprile 1993, n. 197](#).

Volendo schematizzare ulteriormente la portata dell'art. 12, comma 5, e anticipando alcuni concetti che saranno ripresi nel prosieguo, si può riscontrare nella scelta del legislatore una logica "binaria": la prima, quella relativa all'art. 3, comma 1, lett. e, riferita alla c.d. sanzione fissa, destinata ad incidere sulla discrezionalità del giudice, la seconda, quella della rimozione conseguente a interdizione o a condanna penale, riferita alla c.d. sanzione consequenziale. Mentre tale secondo aspetto è stato a più riprese trattato dalla Corte costituzionale in altri ambiti della responsabilità disciplinare, il primo è affrontato per la prima volta con riferimento ai magistrati proprio con la [sentenza n. 197 del 2018](#).

Tornando all'aspetto strettamente ermeneutico della norma censurata, va osservato che le tre distinte ipotesi che la compongono, secondo una lettura costante, sono destinate ad operare in modo alternativo e non costituiscono elementi concorrenti e concomitanti di una medesima vicenda sanzionatoria.

Anche la giurisprudenza della Sezione disciplinare non fornisce alcun elemento che consenta di ricostruire la portata della disposizione in modo "unitario", essendo le diverse ipotesi espressive ciascuna di una distinta e definita fattispecie. Le pronunce della Sezione, quindi, nel disporre l'applicazione della sanzione massima sulla base dell'art. 12, comma 5, lo hanno fatto ritenendo sufficiente l'integrazione di una soltanto delle tre condizioni alternative in precedenza indicate<sup>17</sup>.

Da questo punto di vista appare, quindi, condivisibile la scelta della Corte costituzionale di non poter avallare una diversa interpretazione dell'art. 12, comma 5, conforme a Costituzione, con conseguente inammissibilità della questione, così come richiesto dalla parte privata costituita in giudizio. Non vi sono dubbi sul fatto che tra un'interpretazione "cumulativa" e una "alternativa", la seconda sia quella più aderente alla *ratio* e alla lettera della disposizione e, come detto, fatta propria dalla giurisprudenza disciplinare.

La parte privata aveva sostenuto, al contrario, che un'interpretazione conforme a Costituzione dell'art. 12, comma 5, potesse essere praticata nella misura in cui i requisiti da esso previsti operassero cumulativamente e non alternativamente. Vale a dire che ai fini dell'applicazione della sanzione massima della rimozione non sarebbe stato sufficiente il solo riscontro degli estremi di responsabilità dell'art. 3, comma 1, lett. e, ma questi avrebbero dovuto concorrere con una delle due ipotesi di

---

<sup>17</sup> A) Perché il magistrato era stato condannato alla pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici (ad esempio, la sentenza Sez. disc. CSM, n. 39 del 2013 ha riscontrato l'automatica applicazione della sanzione della rimozione per il magistrato che in sede penale abbia riportato la condanna a tre anni di reclusione con interdizione perpetua dai pubblici uffici; allo stesso modo, Sez. disc. CSM, n. 7 del 2016 ha ritenuto che «al magistrato, responsabile dell'illecito disciplinare per i fatti per i quali è intervenuta condanna irrevocabile per il reato di falso ideologico in atto pubblico e concorso in bancarotta fraudolenta, che incorre anche nella interdizione perpetua dai pubblici uffici, deve essere applicata la sanzione della rimozione»);

B) perché aveva riportata una condanna penale per reati di una certa gravità (la sentenza Sez. disc. CSM, n. 105 del 2014 ha ritenuto che, «qualora il magistrato sia condannato in via definitiva per il reato di corruzione in atti giudiziari, al riconoscimento della responsabilità penale consegue la necessaria affermazione della responsabilità disciplinare, alla quale si accompagna la irrogazione della sanzione della rimozione»; maggiori spunti di riflessione offre, invece, la sentenza Sez. disc. CSM, n. 68 del 2016 la quale, affermando che «nel caso di sentenza disciplinare di condanna per condotte del magistrato riconducibili ai reati di bancarotta fraudolenta, peculato, falso ideologico e materiale, concussione e corruzione, ancorché oggetto, in sede penale, di sentenze di proscioglimento per intervenuta prescrizione, deve essere applicata la sanzione della rimozione in quanto le condotte delittuose accertate nei confronti dell'incolpato - anche singolarmente valutate - sono di tale rilievo sotto il profilo disciplinare che ogni sanzione diversa risulterebbe insufficiente alla tutela di quei valori che la legge intende perseguire», ha implicitamente superato la logica dell'automatismo, in quanto la condanna in sede disciplinare non deriva dal mero recepimento della valutazione compiuta in sede penale, ma è il frutto di una autonoma rivalutazione del fatto da parte del giudice disciplinare. Conformemente ai precedenti la sentenza Sez. disc. CSM, n. 154 del 2018 ha ritenuto applicabile la sanzione della rimozione nel caso di sentenza disciplinare per «condotte del magistrato riconducibili ai reati di cui agli artt. 110, 319, 321 c.p., conseguente alla intervenuta condanna in sede penale»);

C) più raramente, nel caso di illecito di cui all'art. 3, comma 1, lett. e, del d.lgs. n. 109 del 2006 (oltre ad una giurisprudenza non particolarmente severa, che quasi mai ha ritenuto integrati in concreto gli estremi dell'art. 3, comma 1, lett. e (si vedano, ad esempio, le sentenze Sez. disc. CSM, n. 61 del 2013, e Sez. disc. CSM, n. 116 del 2017), si deve rimandare alle due ordinanze Sez. disc. CSM, nn. 82 e 86 del 2017, con cui è stata sollevata la questione di legittimità relativa all'art. 12, comma 5, del d.lgs. n. 109 del 2006, decisa dalla Corte costituzionale con la [sentenza](#) in esame).

seguito elencate dalla disposizione censurata, ossia, la condanna per delitto non colposo superiore ad un anno o la condanna alla pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici.

Il Giudice delle leggi ha, al contrario, ritenuto che una siffatta ricostruzione, per quanto la disposizione possa essere ambigua, non appare sostenibile perché determinerebbe un risultato doppiamente illogico. Infatti, da una parte, qualora fossero integrati gli estremi dell'art. 3, comma 1, lett. e, ma in assenza di una corrispondente condanna in sede penale, al magistrato non potrebbe essere applicata alcuna sanzione minima, dall'altra, ove non ricorrano gli estremi per una condanna all'illecito sopra menzionato, non sarebbe possibile disporre la rimozione del magistrato comunque condannato ad una pena superiore ad un anno o alla pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici. In conclusione, quindi, l'intento del legislatore era, secondo la Corte, quello di prevedere tre distinte ipotesi, ciascuna idonea a giustificare il ricorso alla sanzione massima della rimozione, senza che tra queste si ponesse alcun rapporto di collegamento/dipendenza.

Chiarita l'insussistenza di ragioni di inammissibilità la Corte passa a trattare la questione nel merito ed è questo, probabilmente, l'aspetto più controverso dell'intero provvedimento, muovendosi la Corte su più piani, tutti egualmente scivolosi, che vanno dal rispetto della discrezionalità del legislatore al potere di apprezzamento del giudice, al rapporto complicato con i precedenti e con le decisioni di segno contrario adottate in altri ambiti.

*3. I distinti profili problematici emergenti dalla posizione della Corte costituzionale: a) La disparità di trattamento interna ed esterna. Il problema del rispetto della discrezionalità del legislatore.*

L'articolata motivazione della Corte per giungere a dichiarare infondata la questione sottoposta dalla Sezione disciplinare ruota essenzialmente attorno a due argomenti: per un verso, possono essere ricondotti ad una trattazione unitaria gli aspetti concernenti il possibile contrasto tra la disciplina censurata e il principio di parità di trattamento ricavato dall'art. 3 Cost., sotto una duplice prospettiva, "interna", con riferimento alle differenze che caratterizzerebbero le diverse ipotesi tutte ricomprese nel medesimo trattamento dall'art. 12, comma 5, ed "esterna", nel raffronto con altre fattispecie disciplinarmente rilevanti sanzionate in maniera diversa e comunque in modo meno afflittivo rispetto alla rimozione; per altro verso, come vero nucleo della decisione, emergerebbe un possibile difetto di ragionevolezza della disposizione censurata, derivante dal carattere automatico della sanzione prevista e dall'assoluto difetto di proporzionalità di una sanzione "unica" nel suo configurarsi come "estremo non graduabile".

Procedendo con ordine, i due profili vanno tenuti distinti e trattati separatamente perché fanno riferimento a diversi principi, pur essendo in ogni caso collegabili ad una problematica di fondo inerente alla discrezionalità. Nel caso della possibile violazione della parità di trattamento, la scelta delle fattispecie sanzionabili con la misura massima della rimozione è strettamente collegata alla discrezionalità del legislatore. Nel caso della irragionevolezza per difetto di proporzionalità ciò che potrebbe risultare vulnerata è la discrezionalità del giudice nel momento applicativo.

Per quanto concerne la supposta violazione della parità di trattamento "esterna" la Corte è chiamata a valutare la ragionevolezza della disposizione attraverso la tecnica del raffronto con il *tertium comparationis*. Sotto questo profilo ritiene che non possa ravvisarsi alcun contrasto con i principi costituzionali visto che i *tertia* evocati dalla Sezione non sarebbero omogenei rispetto alla fattispecie dell'art. 3, comma 1, lett. e. Tale disposizione, infatti, punendo il magistrato che riceva prestiti o agevolazioni da persona che sappia essere parte o indagato in un procedimento pendente presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o altro dello stesso distretto, ha come scopo quello di evitare che «il magistrato possa sentirsi indotto a "restituire il favore" a chi gli abbia fornito benefici, attivandosi in prima persona, ovvero intervenendo su altri colleghi del medesimo distretto, a sostegno degli interessi di costui».

Nella prospettiva del legislatore, quindi, si tratterebbe di un'ipotesi di illecito particolarmente grave, idonea a minare «l'immagine di imparzialità della funzione giudiziaria, e la connessa fiducia della società nel suo corretto svolgimento». D'altra parte, la fattispecie, quale ipotesi a dolo specifico, risulta integrata quando il magistrato sia perfettamente consapevole della qualità della persona che concede il prestito o l'agevolazione e della natura di particolare “favore” dell'agevolazione ricevuta<sup>18</sup>.

Non sarebbe riconducibile a questa ipotesi l'altra richiamata dal giudice rimettente, ovvero quella dell'utilizzo della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti di cui all'art. 3, comma 1, lett. *a*, punita con la sanzione non inferiore alla censura. La fattispecie, infatti, interessata nel giudizio in esame si caratterizzerebbe per un grado di specificità e gravità maggiore: da un lato, essa farebbe riferimento soltanto ad una serie di utilità di natura economico-finanziaria, e non ad un generico vantaggio (come nel caso della lett. *a*); dall'altro, essa potrebbe configurarsi soltanto in presenza di determinate qualità soggettive di colui che elargisce il beneficio, mentre tali qualità sono del tutto irrilevanti nel caso disciplinato dalla lett. *a*.

Altrettanto improprio sarebbe il richiamo fatto dalla Sezione disciplinare all'illecito di cui all'art. 3, comma 1, lett. *b*, che sanziona la frequentazione o l'intrattenere rapporti di affari con persone sottoposte a procedimento penale o che abbiano subito condanne di una certa gravità. In tal caso, la misura applicabile non può essere inferiore alla perdita di anzianità. Pur connotandosi l'illecito per una consapevolezza delle qualità soggettive della “controparte” del rapporto di affari, mancherebbe l'ulteriore elemento della volontà diretta a conseguire un qualsiasi vantaggio.

In entrambi i casi, quindi, si tratta di ipotesi che, per quanto possano pregiudicare l'immagine della magistratura, denotano un rischio minore di distorcere in concreto l'attività giudiziaria.

Sempre secondo la Corte non sarebbe possibile riscontrare gli estremi di quella che essa definisce disparità di trattamento “interna”, vale a dire, l'irragionevole assimilazione, all'interno di un'unica disposizione sanzionatoria, di più fattispecie, tra loro non omogenee quanto a gravità, presupposti e *ratio*.

Seguendo la ricostruzione argomentativa offerta dalla Consulta si può osservare come, da un punto di vista generale, non esista alcun vincolo di imposizione della sanzione massima soltanto all'ipotesi illecita ritenuta apparentemente più grave all'interno di un sistema punitivo. Vale a dire, il principio di proporzionalità non imporrebbe di sanzionare nel modo “estremo” soltanto una determinata fattispecie, dovendo necessariamente prevedere per le altre, ritenute espressive di un minor disvalore, una sanzione meno afflittiva. È ben possibile, infatti, che più ipotesi di illecito, all'apparenza distinte quanto a gravità e riprovevolezza, possano essere sanzionate con la massima “pena” prevista in un sistema punitivo.

A prescindere dal fatto che il livello di gravità di un determinato illecito dipende da una serie di fattori non sempre “dominabili” dal punto di vista puramente giuridico, potendo variare soprattutto a causa dell'impatto sociale di una determinata condotta in un certo contesto storico e, quindi, dipendere dagli interessi che in un particolare momento possono essere percepiti a livello sociale come maggiormente bisognosi di protezione, ciò che rileva è il giudizio compiuto dal legislatore sulle esigenze di protezione e sugli strumenti di cui dispone per fornirli.

Detto diversamente, secondo la Corte, per garantire il rispetto del principio di eguaglianza e, quindi, la parità di trattamento “interna”, è sufficiente che «anche la fattispecie di illecito meno grave tra quelle che comportano l'applicazione della sanzione massima prevista dai diversi rami dell'ordinamento, isolatamente considerata, sia pur sempre connotata da un grado di disvalore tale da rendere (sotto il profilo “intrinseco”) non manifestamente sproporzionata la comminatoria della

<sup>18</sup> P. FIMIANI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni*, in P. FIMIANI e M. FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, 2013, 280. Il riscontro di questi due elementi psicologici risulta confermato dalla giurisprudenza della Sezione disciplinare, la quale ha stabilito che la *ratio* della disposizione sia quella di «individuare i comportamenti del magistrato nei quali egli fa valere, per trarne [...] una specifica utilità, il concreto esercizio da parte sua di funzioni giudiziarie». La conoscenza della natura di “parti” dei concedenti il beneficio implica la consapevolezza di un rapporto squilibrato e l'uso dell'espressione “ottenere” denota la volontà di conseguire quel determinato vantaggio e non la semplice disponibilità ad accettare un generico beneficio (che potrebbe essere concesso a chiunque, anche non magistrato). Cfr. Sez. disc. CSM, n. 48 del 2007.

sanzione massima». In tal senso, non sarebbe sufficiente ai fini della dichiarazione di incostituzionalità affermare che le fattispecie della condanna penale o della condanna all'interdizione dai pubblici uffici siano più gravi di quella di cui all'art. 3, comma 1, lett. *e*, ove tale ultima fattispecie raggiunga secondo il legislatore un grado di gravità tale da meritare la sanzione massima.

Il discorso, allora, si sposta su un altro versante, quello del rispetto della discrezionalità del legislatore in materia di determinazione di pene e sanzioni<sup>19</sup>. L'estrema elasticità del dettato costituzionale al riguardo fa sì che la determinazione della pena rientri tradizionalmente nella discrezionalità del legislatore come espressione di una scelta di politica legislativa<sup>20</sup>. Occorrerà, pertanto, valutare se tale discrezionalità si sia mossa nei limiti della ragionevolezza, ovvero se la differenza di trattamento non sia la mera espressione di una scelta politico-legislativa di per sé non censurabile, ma il risultato di un bilanciamento sproporzionato e, quindi, discriminatorio tra esigenze perseguite e strumenti sanzionatori utilizzati.

Il principio di proporzionalità come criterio di commisurazione dell'entità minima e massima di una sanzione vale anche in ambito disciplinare, tuttavia, anche in questo caso, sarebbe il frutto di una scelta legislativa insindacabile sotto il profilo della legittimità costituzionale<sup>21</sup>.

La stretta vicinanza che viene a porsi in tale ambito tra esigenze di eguaglianza (non disparità di trattamento) e determinazione della sanzione in astratto (compresa nella discrezionalità politica del legislatore) lascia aperto un problema di non facile soluzione. Come è stato osservato, il problema non riguarderebbe tanto la fondatezza o meno della questione, perché vi sono più fattori che avrebbero potuto deporre nel senso dell'accoglimento, soprattutto se si pensa all'assimilazione sotto un'unica sanzione di più fattispecie tra loro estremamente differenziate, quanto piuttosto la potenzialità lesiva di una sentenza di accoglimento rispetto alla discrezionalità legislativa<sup>22</sup>.

Più che l'argomento concreto sull'insussistenza di una disparità di trattamento interna o esterna ciò che sembra preoccupare maggiormente la Corte è il rischio di adottare una decisione "creativa", non a rime obbligate, potenzialmente idonea ad invadere la competenza del legislatore nella equiparazione-distinzione della gravità degli illeciti. Per questo motivo, il discorso viene immediatamente spostato dal problema della disparità di trattamento (coinvolgente la discrezionalità del legislatore) a quello della ragionevolezza intrinseca della sanzione automatica (calibrato, verosimilmente, più sul limite alla discrezionalità del giudice).

---

<sup>19</sup> Osserva M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in [Rivista AIC](#), 4/2016, 1, che «se c'è un settore nel quale la Corte costituzionale è stata molto rispettosa dei principi generali e dei limiti naturali del proprio operato a fronte del legislatore, questo è quello della materia penale. Rispettosa dei principi contenuti nella Costituzione, in generale, e del ruolo centrale spettante al legislatore, in particolare. Principi e posizione centrale del legislatore che hanno determinato, fin dagli esordi della giurisprudenza costituzionale, una limitazione delle possibilità di sindacato della Corte sulle norme penali, stante la natura incidentale del giudizio di costituzionalità e la peculiarità di alcuni principi della materia penale».

<sup>20</sup> Al riguardo, si veda già A. PIZZORUSSO, *Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 1971, IV, 192. D. PULITANÒ, *La misura delle pene, tra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 2/2017, 49, osserva che «le scelte relative alla pena sono scelte di politica del diritto penale, nelle quali si esprimono – possono legittimamente esprimersi – indirizzi politici diversi, valutazioni diverse su meritevolezza e bisogni di pena». Il criterio che dovrebbe orientare la definizione del rapporto tra illecito e pena sarebbe quello di proporzionalità, tuttavia, questo «non può pretendere di essere un criterio di per sé sufficiente di individuazione univoca di un'ipotetica pena giusta in assoluto. Negli spazi aperti alla discrezionalità politica del legislatore – a diverse, ugualmente legittime possibilità di bilanciamento d'interessi a livello legislativo – il principio d'uguaglianza pone l'esigenza di fondamento costituzionale delle differenziazioni di trattamento».

<sup>21</sup> M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE e S. VITELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratali*, cit., 30, i quali richiamano anche la sentenza [Corte cost., 18 marzo 2005, n. 113](#), con la quale la Corte ha escluso la possibilità di un proprio intervento perché la determinazione delle pene e delle sanzioni costituisce una scelta spettante alla discrezionalità del legislatore.

<sup>22</sup> Così L. PACE, *Sanzione disciplinare del magistrato e presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi*, cit., 2414, ritiene che un possibile intervento demolitorio della Corte con il fine di assoggettare a sanzione diversa l'illecito di cui all'art. 3, comma 1, lett. *e*, avrebbe assunto carattere «decisamente manipolativ[o], ma del pari fortemente creativ[o], in quanto la Corte avrebbe nei fatti scelto la/e sanzione/i mediante le quali perseguire determinati comportamenti, con ciò invadendo il campo di sicura spettanza della legislazione nel determinare il sistema sanzionatorio a carico dei magistrati».

4. Segue: b) *Ragionevolezza e automatismi sanzionatori. Il problema della svalutazione del potere di apprezzamento del fatto da parte del giudice. L'art. 3 bis del d.lgs. n. 109 del 2006 come unico strumento di graduazione della "gravità" disciplinare?*

Come anticipato, il profilo sul quale la Corte concentra maggiormente i propri sforzi argomentativi per giungere alla dichiarazione dell'infondatezza della questione è quello concernente la ragionevolezza intrinseca della disposizione sottoposta a scrutinio. E tale aspetto è anche quello che lascia emergere i maggiori interrogativi, bisognosi di una più approfondita analisi.

Il giudizio sulla ragionevolezza intrinseca della disposizione si differenzia notevolmente da quello sulla violazione della parità di trattamento interna o esterna. Mentre in quest'ultimo caso il Giudice delle leggi è chiamato ad operare un raffronto tra distinte fattispecie astratte per stabilire se sia ragionevole o meno la loro assimilazione o la loro distinzione quanto a trattamento legislativo, nel giudizio sulla ragionevolezza intrinseca, invece, la Corte è chiamata a valutare la compatibilità della disposizione "automatica" rispetto a determinati principi generali, ovvero ad effettuare un riscontro sulla coerenza tra mezzo normativo utilizzato e fine astrattamente perseguito. Tale giudizio non implica, quindi, un raffronto "in concreto", ma soltanto sull'astratta esistenza di una serie di ragioni idonee a giustificare l'adozione di una determinata soluzione normativa da parte del legislatore.

Il tema generalmente riferito agli automatismi legislativi non ha visto adottare della Corte costituzionale un approccio uniforme. Come si vedrà meglio nel prosieguo, il Giudice delle leggi ha negli anni adottato una posizione di particolare severità rispetto agli automatismi legislativi in ambito penale, tant'è vero che si è riscontrata una vera e propria presunzione di illegittimità delle disposizioni automatiche in tale ambito<sup>23</sup>, mentre altrettanta severità non è stata adottata per le sanzioni automatiche in ambiti diversi, su tutti quello disciplinare, dove il panorama delle soluzioni sembrerebbe più variegato.

Il giudizio di ragionevolezza intrinseca nella [sentenza n. 197 del 2018](#) si riferisce essenzialmente alla verifica della legittimità della previsione della sanzione automatica della rimozione per un determinato tipo di illecito che non consentirebbe al giudice disciplinare di graduare la sanzione in ragione della gravità del fatto o di tutti gli altri parametri di cui normalmente deve tener conto nel giudizio sulla responsabilità del magistrato. Per questo motivo, oltre al problema della limitazione della discrezionalità del legislatore, in questo caso verrebbe maggiormente in gioco il problema della limitazione della discrezionalità del giudice nel momento applicativo della sanzione.

È necessario puntualizzare – e la Corte è perfettamente consapevole di ciò – che nel novero degli automatismi sanzionatori si è soliti ricondurre situazioni molto diverse tra loro, perché desinate ad incidere negativamente sui destinatari secondo meccanismi non pienamente assimilabili.

Tra gli automatismi in senso ampio è possibile distinguere due categorie su tutte: da una parte, le "sanzioni automatiche" in senso stretto, vale a dire, quelle sanzioni che possono essere applicate in virtù dell'accertamento di colpevolezza compiuto in altra sede e in assenza di un nuovo e diverso accertamento condotto in sede disciplinare; dall'altra, le "sanzioni fisse", vale a dire quelle sanzioni che si applicano automaticamente in ipotesi di accertamento della responsabilità disciplinare per un determinato fatto, senza lasciare al giudice possibilità alcuna di graduare e commisurare la pena alla gravità del medesimo. Nel primo caso l'automatismo inciderebbe sulla posizione del destinatario della misura perché comminata in assenza di una nuova sede di giudizio, necessaria per una rivalutazione sulla colpevolezza parametrata a canoni distinti, nel secondo caso – cui si riferisce la questione decisa dalla Corte – non è possibile riscontrare la suddetta carenza, essendo piuttosto la discrezionalità del giudice a subire una limitazione e, indirettamente, quella del soggetto condannato a vedersi destinatario di una sanzione il più possibile adeguata e proporzionata alla gravità del fatto commesso.

---

<sup>23</sup> L. PACE, *Sanzione disciplinare del magistrato e presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi*, cit., 2407 s.

La distinzione in esame non è priva di ricadute concrete perché, come è emerso in dottrina<sup>24</sup>, anche le soluzioni adottate nel tempo dalla Corte costituzionale si differenziano negli esiti a seconda che riguardino sanzioni “automatiche” o sanzioni “fisse”.

Nel primo caso è stata ravvisata una certa coerenza – non priva di eccezioni significative – nella giurisprudenza costituzionale, orientata nel senso della illegittimità degli automatismi sanzionatori disciplinari quando, appunto, la sanzione non sia il frutto di un’autonoma ponderazione da parte del giudice disciplinare, ma la mera conseguenza inevitabile di altra sanzione adottata in diversa sede (ad esempio, penale).

A partire dalla [sentenza 19 dicembre 1986, n. 270](#), la Corte ha affermato che uno dei principi cardine della potestà sanzionatoria disciplinare sia quello che vieta le sanzioni automatiche, in quanto sono necessari «criteri normativi idonei alla commisurazione delle misure sanzionatorie conseguenti alla irrevocabile condanna penale [...], non per un diffuso interesse al giusto procedimento, [...] bensì [...] quale esigenza – ex art. 3 Cost. – di adeguatezza tra illecito e irroganda sanzione». Sarebbero così in contrasto con l’art. 3 Cost., e quindi irrazionali, tutte quelle disposizioni che non consentono al giudice di verificare se la sanzione sia adeguata allo scopo stesso della norma, ovvero, quelle disposizioni che, riconoscendo l’automatica applicazione della sanzione, anche in assenza di una nuova e autonoma valutazione del fatto, non consentirebbero di irrogare una sanzione commisurata alla gravità del fatto, in violazione del principio di proporzionalità, come espressione del principio di eguaglianza<sup>25</sup>.

Tale decisione ha trovato numerose conferme nella giurisprudenza successiva<sup>26</sup>, sino a giungere ai tempi più recenti, ove la Corte ha assunto posizioni maggiormente diversificate. Infatti, in un primo momento, con la [sentenza 5 maggio 2014, n. 112](#), il giudice delle leggi aveva dichiarato infondata la

---

<sup>24</sup> Ritiene, infatti, L. PACE, *Sanzione disciplinare del magistrato e presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi*, cit., 2408, che, mentre le decisioni rese nel primo ambito sono piuttosto coerenti nel dichiarare l’illegittimità costituzionale, quelle adottate nel secondo non sembrano riconducibili ad una soluzione univoca.

<sup>25</sup> Al riguardo si veda F. ZAMMARTINO, *Sul trasferimento disciplinare dei magistrati da parte del CSM alla luce della sentenza n. 170/2015 della Corte costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 1/2016, 8.

<sup>26</sup> Sarebbe impossibile dar conto in maniera completa di tutti i precedenti della Corte costituzionale in materia, visto il numero elevato delle decisioni. Senza pretesa di esaustività, si devono, però, ricordare la [sentenza 14 ottobre 1988, n. 971](#), con cui per la prima volta la Corte ha accolto una questione di costituzionalità in materia di sanzioni disciplinari automatiche per i dipendenti degli enti locali sulla base dell’argomento secondo cui «l’indispensabile gradualità sanzionatoria, ivi compresa la misura massima destitutiva, importa – dunque – che le valutazioni relative siano ricondotte, ognora, alla naturale sede di valutazione: il procedimento disciplinare, in difetto di che ogni relativa norma risulta incoerente, per il suo automatismo, e conseguentemente irrazionale ex art. 3 Cost.». Successivamente si deve segnalare la [sentenza 2 febbraio 1990, n. 40](#), relativa a sanzioni automatiche per i notai, secondo la quale «l’automatismo di un’unica massima sanzione, prevista indifferentemente per l’infinita serie di situazioni che stanno nell’area della commissione di uno stesso pur grave reato, non può reggere il confronto con il principio di eguaglianza che come esige lo stesso trattamento per identiche situazioni, postula un trattamento differenziato per situazioni diverse», osservazione interessante anche per l’altro versante della giurisprudenza in materia di sanzioni fisse. Ancora degne di interesse al riguardo sono le [sentenze 4 aprile 1990, n. 158](#), per i dottori commercialisti e 18 gennaio 1991, n. 16, sempre per i notai. La [sentenza 27 aprile 1993, n. 197](#), appare incentrata sul profilo di contrasto con l’art. 3 Cost. per quelle sanzioni automatiche che siano adottate in assenza dell’attivazione della sede a ciò deputata, ossia il procedimento disciplinare. Ancora, *ex multis*, [Corte cost., sent. 23 novembre 1993, n. 408](#), [1° giugno 1995, n. 220](#), [9 luglio 1996, n. 239](#), [30 ottobre 1996, n. 363](#), [21 gennaio 1999, n. 2](#), [28 maggio 1999, n. 197](#), [27 luglio 2007, n. 329](#) e [21 marzo 2014, n. 51](#). Per un quadro della giurisprudenza costituzionale sul punto si vedano anche G.P. DOLSO, *La destituzione di diritto ancora al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2014, 3598 ss.; L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2014, 16 ss. Anche la giurisprudenza della Cassazione sembra attestata su tale posizione, in generale con la sentenza Cass. civ., sez. un., 7 settembre 1990, n. 9228, che ha ritenuto illegittime quelle norme che prevedono l’irrogazione di diritto di determinate sanzioni in assenza di procedimento disciplinare e l’automatismo dell’applicazione della sanzione disciplinare massima senza possibilità di distinguere in concreto tra una molteplicità di comportamenti, in violazione del principio di proporzionalità. Più di recente, con specifico riferimento alla rimozione disciplinare del magistrato, Cass. civ., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23677, ha ritenuto che tale sanzione è irrogabile anche nei casi in cui non sia obbligatoria, ma «ogni qual volta l’illecito abbia compromesso irrimediabilmente i valori connessi alla funzione giudiziaria e al prestigio personale del magistrato» secondo «l’apprezzamento di merito della Sezione disciplinare del CSM», coerentemente all’idea che la sanzione debba essere il frutto di una valutazione di adeguatezza rispetto ai fini perseguiti da parte dell’organo disciplinare giudicante.



questione di legittimità dell'art. 8, comma 1, lett. c, del d.p.r., 25 ottobre 1981, n. 737, nella parte in cui prevedeva la destituzione automatica per gli appartenenti ai ruoli dell'amministrazione di pubblica sicurezza nel caso in cui fossero stati sottoposti a misura di sicurezza personale. Tale decisione, richiamata dalla Corte nella sentenza in commento come elemento a supporto della propria decisione si caratterizza, però, per una spiccata peculiarità, perché non esclude del tutto il principio di graduazione della sanzione, ma lo bilancia rispetto ad altre esigenze, in particolare quella della sicurezza pubblica<sup>27</sup>.

Successivamente la Corte è tornata al suo tradizionale orientamento negativo in materia sanzioni disciplinari "automatiche" con la [sentenza 15 dicembre 2016, n. 268](#). Con questa pronuncia è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 866, comma 1, 867, comma 3, e 923, comma 1, lett. i, del d.lgs, 15 marzo 2010, n. 66, nella parte in cui prevedeva la perdita automatica di grado per gli appartenenti alle forze militari nel caso in cui avessero riportato la condanna alla pena accessoria dell'interdizione temporanea dai pubblici uffici, senza che a tal fine fosse prescritto l'instaurarsi di un procedimento disciplinare volto ad una autonoma rivalutazione del fatto<sup>28</sup>.

La decisione si segnala anche per un'altra interessante precisazione. Essa, infatti, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto del giudizio, accede ad un criterio di carattere generale potenzialmente valido anche nel caso della [sentenza n. 197 del 2018](#) (e in parte applicato già con la [sentenza n. 170 del 2015](#)). Dopo aver ribadito quali sono i "canoni" di ragionevolezza delle presunzioni, la Corte osserva che queste sarebbero contrarie al principio di eguaglianza «tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa». Ciò, in particolare, si verificherebbe quando la disposizione faccia riferimento ad un ventaglio eccessivamente ampio (e non omogeneo) di presupposti ai quali è collegata l'applicazione della sanzione automatica, con la conseguenza che una troppo ampia generalità di casi nei quali applicare la medesima sanzione automatica non consente di formulare un giudizio certo sulla proporzione della sanzione rispetto allo scopo perseguito in violazione dell'art. 3 Cost.<sup>29</sup>.

Il profilo che si sta esaminando rientra, però, nell'altro "filone" giurisprudenziale, quello concernente le c.d. sanzioni "fisse", ossia quelle che, pur essendo irrogate all'esito di un giudizio disciplinare non consentono al giudice di modularne la quantificazione alla gravità del fatto o alle circostanze. Si tratta di un "filone" sul quale è più difficile tracciare una linea giurisprudenziale uniforme, soprattutto perché il numero di sentenze al riguardo è molto limitato ed, inoltre, perché tra le poche decisioni ce n'è una che riguarda proprio le sanzioni disciplinari dei magistrati di segno opposto a quella che si sta commentando e sulla quale si tornerà in maniera più approfondita più avanti.

Constatata la diversa collocazione della questione decisa, la Corte costituzionale, invece di far riferimento al precedente maggiormente affine per materia, rafforza la propria argomentazione nel senso dell'infondatezza attraverso il rimando ad un altro precedente coerente con le proprie

---

<sup>27</sup> Tale circostanza era evidenziata anche dalla Sezione rimettente, la quale aveva sostenuto che la [sentenza n. 112 del 2014](#) non poteva essere addotta a «precedente contrario, in quanto, nel caso allora scrutinato, veniva in discorso un giudizio di pericolosità sociale, derivante dalla applicazione di una misura di sicurezza, ostativa alla permanenza del rapporto di impiego»: [Corte cost., 12 novembre 2018, n. 197](#), punto 1.2. del Ritenuto in fatto. Se si guarda al testo della [sentenza n. 112 del 2014](#), inoltre, è messa in evidenza la specialità della disposizione impugnata rispetto alla disciplina sul pubblico impiego che «si giustifica in ragione della peculiarità e delicatezza dei compiti affidati ad una particolare categoria di soggetti». Su tale decisione si veda G.P. DOLSO, *La destituzione di diritto ancora al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 3596 ss., il quale, oltre a ravvisare un collegamento della decisione con alcune argomentazioni risalenti che giustificavano le sanzioni automatiche, dubita della possibilità di considerare la disposizione impugnata come norma "speciale". Per ulteriori indicazioni L. VIOLA, *Automatismo delle sanzioni disciplinari e settori del pubblico impiego a tutela rinforzata: la parola (definitiva?) alla Corte costituzionale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2013, 1090.

<sup>28</sup> Su tale sentenza si veda G. DODARO, *Incostituzionalità della cessazione automatica del rapporto di impiego militare per condanna a pena interdittiva temporanea*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 773 ss.

<sup>29</sup> Per analogia osservazione vedi anche L. PACE, *Sanzione disciplinare del magistrato e presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi*, cit., 2408 s.

conclusioni, ma afferente a diversa materia. Si tratta della [sentenza 19 novembre 2015, n. 234](#), la quale ha ritenuto legittima la previsione automatica del divieto di riabilitazione per il notaio che, all'esito del giudizio disciplinare, avviato a seguito della condanna subita in ambito penale per gravi reati inerenti alla sua professione quali il falso, la corruzione, il peculato, la truffa e la calunnia, fosse stato destinatario di un provvedimento di destituzione.

La Corte aveva ritenuto in questa sede che la sanzione massima del divieto di riabilitazione per il notaio, preclusiva di qualsiasi ipotesi di riammissione futura, fosse dettata dalla necessità di preservare l'integrità della funzione notarile e l'affidamento che i cittadini ripongono nel ruolo che al detto professionista sono assegnati nel certificare atti facenti pubblica fede. Per tale ragione, il Giudice delle leggi, al fine di valutare la ragionevolezza della disposizione impugnata, si concentra sulla *ratio* intrinseca della norma, la quale non si porrebbe in contrasto con il dettato dell'art. 3 Cost. nella misura in cui ha lo scopo di preservare «quel particolare ed elevato grado di fiducia che i consociati debbono poter incondizionatamente riporre in una figura destinata a garantire la sicurezza dei traffici giuridici, a propria volta preminente interesse dello Stato di diritto».

Diverse erano state, invece, le considerazioni nel caso della [sentenza n. 170 del 2015](#), perché, pur riferendosi nello specifico ad una sanzione “fissa” concernente il trattamento disciplinare nei magistrati, la Corte ritiene che la previsione del trasferimento del magistrato, obbligatoria in relazione a determinati illeciti, fosse contraria a Costituzione nella misura in cui veniva a scindersi la necessaria connessione che deve sussistere tra l'azione disciplinare e il fine di tutelare il buon andamento dell'amministrazione della giustizia. Collegamento che veniva ad interrompersi quando la sanzione fissa poteva essere comminata in una vasta serie di ipotesi, non riconducibili tutte al medesimo fine oggettivo.

Il punto centrale del giudizio sulla ragionevolezza condotto dalla Corte appare imperniato su una valutazione di tipo “oggettivo”, diretta ad individuare il fondamento della legittimità della disposizione non in un supposto trattamento “non discriminatorio” della sanzione fissa, bensì nel rapporto di adeguatezza della sanzione rispetto ad un fine di carattere generale.

Tracciando una linea che collega la [sentenza n. 234 del 2015](#) alla più recente [sentenza del 2018](#) la Corte ritiene che le considerazioni espresse nella prima debbano, a maggior ragione, valere nell'ambito investito dalla seconda. Ciò che rileva in questo caso è la particolare funzione che sono chiamati a svolgere i magistrati e la fiducia che i consociati devono sempre riporre in essa, cardine dello Stato sociale di diritto, ma anche fonte di legittimazione dell'operato del giudice. Per questo motivo i giudici non solo devono «conformare oggettivamente la propria condotta ai più rigorosi standard di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio nell'esercizio delle funzioni, [...] ma anche ad apparire indipendenti e imparziali agli occhi della collettività, evitando di esporsi a qualsiasi sospetto di perseguire interessi di parte nell'adempimento delle proprie funzioni».

L'impatto pubblico delle funzioni e la fiducia nel loro corretto ed imparziale espletamento possono, quindi, giustificare sanzioni di particolare rigore, e ciò si avrebbe – ritiene la Corte – nel caso delle fattispecie elencate dall'art. 3, comma 1, lett. e, perché condotte che possono distorcere l'attività giurisdizionale con «un significativo e pernicioso indebolimento della fiducia dei consociati nell'indipendenza e imparzialità dello stesso ordine giudiziario».

Il giudizio di ragionevolezza è condotto tutto intrinsecamente alla disposizione censurata, cercando di ricostruire la *ratio* che la sorregge e ponendo a giustificazione di questa uno specifico superiore interesse, quello della protezione della fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario. La ragionevolezza sarebbe, così, concettualmente ricostruita sulla base di tre argomenti che emergono dalla connessione norma-*ratio*: a) in primo luogo, la disposizione che prevede la rimozione obbligatoria per le ipotesi di illecito di cui all'art. 3, comma 1, lett. e, sarebbe idonea a raggiungere lo scopo di preservare la fiducia dei consociati nell'indipendenza e nell'imparzialità del sistema giudiziario; b) in secondo luogo, non sarebbe dimostrabile che misure meno afflittive della rimozione siano altrettanto efficaci nel perseguire il medesimo obiettivo; c) in terzo luogo, la disposizione in questione non determinerebbe una lesione “globale” dei diritti del magistrato, limitando “solo” un aspetto della sua

vita professionale e lasciando allo stesso la possibilità di intraprendere altra professione diversa dalla funzione giudiziale<sup>30</sup>.

Tale ultima circostanza che la Corte riconnette alla proporzionalità in senso stretto della sanzione deve, però, essere puntualizzata. Il concetto di proporzionalità si presta ad una duplice accezione: questa può essere intesa con riferimento alla fattispecie astratta ovvero in relazione al fatto concreto e le implicazioni nei due casi sono distinte<sup>31</sup>.

La Corte riferisce la proporzionalità alla ragionevolezza della fattispecie astratta, vale a dire, l'adeguatezza di una determinata sanzione in relazione alla gravità "astratta" di una fattispecie di illecito; la proporzionalità, però, può essere intesa anche in relazione al fatto concreto ed implica la potestà del giudice di applicare la sanzione più adeguata in base alle circostanze del caso che può valutare secondo il proprio apprezzamento materiale<sup>32</sup>. Questo secondo aspetto sembra non essere preso in considerazione dalla Corte nella motivazione e il dato non è trascurabile ove sotto una medesima sanzione vengano ricondotte fattispecie tra di loro non omogenee.

Come è stato osservato, posto che, come ovvio, il ruolo del giudice si sostanzia nell'attività di sussunzione del fatto concreto alla fattispecie astratta<sup>33</sup>, ciò implica una «valutazione di proporzionalità tra il dato oggettivo e il contenuto della decisione». Per tale ragione «la valutazione sulla proporzionalità [...] è [...] intrinseca all'atto applicativo: l'adeguamento al caso concreto non è dunque un elemento eventuale, ma ontologicamente necessario perché l'interprete-decisore possa svolgere realmente la sua funzione»<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Come riporta M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, al [sito telematico della Corte](#), 5 s., a differenza della Corte italiana che non ha formalizzato uno *standard* di proporzionalità per le sue decisioni, nel contesto di altre esperienze il giudizio è condotto sulla base di schemi maggiormente predeterminati in fasi distinte: a) verifica della legittimità della disposizione, vale a dire se il legislatore adottandola abbia perseguito uno scopo legittimo alla luce dei principi costituzionali; b) valutazione del rapporto tra mezzi utilizzati dal legislatore e fini perseguiti, ossia, verificare che tra i due vi sia una connessione razionale, censurando quelle scelte legislative che possono condurre ad una sorta di eterogeneità dei fini; c) verifica della stretta necessità della disposizione normativa, vale a dire che questa rappresenti, allo stesso tempo, la soluzione migliore per conseguire il fine perseguito con il minor sacrificio possibile degli altri diritti costituzionali; d) la verifica della proporzionalità in senso stretto che implica un esame sugli effetti dell'atto legislativo, soppesando i benefici che derivano dal conseguimento dell'obiettivo con i sacrifici imposti agli altri diritti in gioco su un piano concreto. Se si volesse applicare tale schema alle conclusioni della [sentenza n. 197](#) avremmo che mentre i punti a), b) e c) sono soddisfatti dalla Corte, perplessità emergono sotto il profilo dell'adeguata motivazione del punto d) del *test*.

<sup>31</sup> Osserva M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 14 ss., che, per quanto manchi nella giurisprudenza costituzionale italiana un *test* di giudizio strutturato in modo puntuale, non si può non constatare il significato che il giudizio di ragionevolezza ha progressivamente assunto. Questo non può essere riferito esclusivamente ad una razionalità astratta, di tipo logico-formale, ma «esprime una ragione potenziata e più adeguata all'ambito dei comportamenti umani che essa è chiamata a conoscere. [...] Nel giudizio di ragionevolezza la ragione è aperta dall'impatto che su di essa esplica il caso, il fatto, il dato di realtà e di esperienza viva», tuttavia, «ciò non equivale a trasformare il giudizio sulle leggi in un giudizio sul caso concreto, né ad equiparare il giudizio della Corte costituzionale a quello dei giudici ordinari».

<sup>32</sup> Sebbene non siano mancate in passato tesi, anche molto autorevoli, che hanno ridimensionato la portata dei principi in materia di determinazione delle pene, per cui «tali deduzioni hanno la forza e il significato di massime che sarebbe bene che il legislatore rispettasse [...] ma ove il legislatore si discosti da tali massime ed emetta disposizioni che non prevedano alcuna adeguazione della pena alle condizioni personali del reo, tali disposizioni non possono dirsi viziate da illegittimità costituzionale» (C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, 664), oggi si ritiene che il principio di proporzionalità sia un principio di carattere generale che trova il proprio fondamento in Costituzione come criterio di controllo dei diritti fondamentali. Cfr. M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 33 ss.

<sup>33</sup> «La sussunzione di una concreta situazione reale in un concetto può venir intesa come l'inquadramento di tale situazione di fatto, del caso concreto, nella classe dei casi indicati dal concetto giuridico e cioè dalla fattispecie astratta della norma». K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. di A. Baratta, Milano, 1970, 78.

<sup>34</sup> F. RIMOLI, *Le sanzioni disciplinari ai magistrati tra ragionevolezza, proporzionalità ed eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 2015, 1337. Sempre secondo l'autore, andrebbe valorizzato l'ambito di discrezionalità di cui il soggetto chiamato a giudicare deve godere nell'applicazione della norma e la proporzionalità trova realizzazione soltanto ove connessa al ruolo di concretizzazione del diritto affidato al giudicante. Tale attività di concretizzazione non si tradurrebbe in una

Il rispetto del principio di proporzionalità, in concreto, implicherebbe sempre la necessità che il giudice sia messo nelle condizioni di far emergere gli aspetti materiali del fatto, le sue circostanze, non solo dandone conto nella motivazione, ma anche facendo in modo che dette peculiarità si riflettano sulla commisurazione della sanzione che sarà “giusta” solo ove adeguata al fatto<sup>35</sup>, tenuto conto di tutta una serie di fattori che devono essere oggetto di valutazione da parte del giudice<sup>36</sup>.

Se tale aspetto viene messo in secondo piano, rispetto a quello della proporzionalità “in astratto” della sanzione, è verosimile ritenere che, allo stesso tempo, il giudice disciplinare sia privato di una propria facoltà di apprezzamento del fatto e il cittadino (magistrato) del diritto a vedersi irrogata una sanzione il più possibile giusta.

L'unico strumento di graduazione della sanzione che residua alla Sezione disciplinare in tale caso sarebbe quello dell'art. 3 *bis* del d.lgs. n. 109 del 2006 che esclude la configurabilità dell'illecito quando il fatto sia di “scarsa rilevanza”, con ciò introducendo in ambito disciplinare il principio di offensività<sup>37</sup>.

Questa disposizione, introdotta per temperare la rigidità della tipizzazione degli illeciti disciplinari, ha margini di applicazione molto elastici<sup>38</sup>, essendo rimesso alla discrezionalità della Sezione disciplinare il giudizio sulla rilevanza del fatto<sup>39</sup>.

Non vi sono dubbi in dottrina sulla circostanza che tale clausola possa essere applicata anche all'illecito di cui all'art. 3, comma 1, lett. *e*, del d.lgs. n. 109 del 2006, tuttavia, il rigore potrebbe essere temperato soltanto dall'alternativa tra «escludere l'illecito per scarsa rilevanza del fatto o irrogare la sanzione della rimozione, prevista come unica sanzione dall'art. 12, comma 5»<sup>40</sup>. A ben

---

delega di bilanciamento, questo infatti è compiuto dal legislatore non a partire dal fatto concreto che giustifica l'opportunità della sanzione rispetto al fine, ma dall'adeguatezza della scelta astratta rispetto al fine. Il giudice, quindi, svolgerebbe un'essenziale funzione di mediazione-adeguamento del diritto astratto ai fatti concreti, attività che implica necessariamente un giudizio secondo il criterio di proporzionalità.

<sup>35</sup> F. RIMOLI, *Le sanzioni disciplinari ai magistrati tra ragionevolezza, proporzionalità ed eguaglianza*, cit., 1338, ritiene che «vera decisione, in quest'ambito, c'è solo allorché sia rimesso al giudice un congruo campo di possibilità, un ambito discrezionale di determinazione della sanzione effettiva tale da consentirgli di svolgere appieno la sua funzione di concretizzazione del diritto». Analogamente, F. ZAMMARTINO, *Sul trasferimento disciplinare dei magistrati da parte del CSM alla luce della sentenza n. 170/2015 della Corte costituzionale*, cit., 10, sostiene che gli automatismi sanzionatori sarebbero illegittimi quando «formulati in modo tale da non permettere al giudice di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alle peculiarità della specifica situazione».

<sup>36</sup> Come da tempo affermato nella giurisprudenza della Corte di cassazione in merito all'applicazione della sanzione disciplinare la sua scelta «va effettuata, da parte della Sezione disciplinare del CSM, non già in astratto, ma con specifico riferimento a tutte le circostanze del caso concreto, ed implica un vero e proprio giudizio di proporzionalità tra il fatto addebitato e la sanzione che deve essere erogata: a tal fine devono formare oggetto di valutazione la gravità del fatto in rapporto alla loro portata oggettiva, la natura e l'intensità dell'elemento psicologico nel comportamento contestato unitamente ai motivi che l'hanno ispirato e, infine, la personalità dell'incolpato, in relazione, soprattutto, alla sua pregressa attività professionale e agli eventuali precedenti disciplinari». Cass. civ., sez. un., 24 novembre 2010, n. 23778; Cass. civ., sez. un., 4 luglio 2012, n. 11137. Si veda, altresì, S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., 400.

<sup>37</sup> La giurisprudenza della Suprema Corte è abbastanza omogenea sul punto, in particolare essa ha riconosciuto che «la norma di cui all'art. 3 *bis*, d.lg. n. 109 del 2006 per cui “l'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza”, introduce nella materia il principio di offensività, secondo il quale la sussistenza dell'illecito va riscontrata alla luce della lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato. Tale bene giuridico è unico per tutte le ipotesi di illecito disciplinare e si identifica con la compromissione dell'immagine del magistrato; ne consegue che la condotta disciplinare irrilevante va identificata in quella che, appunto, non va a compromettere l'immagine del magistrato», così Cass. civ., sez. un., 31 marzo 2015, n. 6468.

<sup>38</sup> G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo*, cit., 133 ss.

<sup>39</sup> M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE e S. VITELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, cit., 299 s.

<sup>40</sup> S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, cit., 340. Nello stesso senso anche P. FIMIANI, *Gli illeciti disciplinari fuori dall'esercizio delle funzioni*, cit., 278, il quale, tuttavia, ritiene che l'illecito di cui all'art. 3, comma 1, lett. *e*, possa essere integrato in ogni ipotesi di beneficio suscettibile di valutazione patrimoniale, anche quando sia di minima entità, salvo configurarsi gli estremi per l'applicazione della clausola di “scarsa rilevanza”, in particolare quando si tratti di casi isolati o sporadici. Per un'ipotesi in cui sia stata riconosciuta l'applicazione dell'art. 3 *bis* agli illeciti in commento si veda la già citata Sez. disc. CSM, n. 61 del 2013.

vedere, si tratta di un'alternativa che lascia ben poco spazio alla graduazione della sanzione, dovendo il giudice scegliere, per fatti che si connotano per una gravità materiale variabile, soltanto tra la sanzione estrema della cessazione del rapporto o l'irrilevanza disciplinare.

È interessante, comunque, segnalare che, nonostante la norma si riferisca alla valutazione del "fatto" nei suoi elementi oggettivi e soggettivi, non è mancato in dottrina chi abbia proposto di riferire la clausola anche alle conseguenze della condotta, in modo da commisurare la rilevanza oltre che all'azione anche alla gravità dell'offesa prodotta<sup>41</sup>. La scarsa rilevanza del fatto, pertanto, dovrebbe concretizzarsi ogni qual volta venga meno «l'offensività e quindi la sussistenza dell'illecito, [ovvero] quando non risulti compromessa l'immagine [del magistrato], sulla base di una valutazione complessiva di tutti gli elementi idonei ad esaminare il fatto addebitato», secondo un giudizio da effettuarsi *ex post* rispetto al comportamento e che tenga conto dell'effettivo bene giuridico in gioco<sup>42</sup>. Applicando questo ragionamento alla fattispecie di cui si tratta si avrebbe che la scarsa rilevanza potrebbe coprire un più ampio ventaglio di situazioni, dato che ad emergere non sarebbe soltanto l'aspetto "finalistico", vale a dire la necessità di preservare la fiducia dei consociati nell'indipendenza della magistratura che potrebbe essere compromessa anche da un prestito di scarsa entità, ma anche quello "materiale", commisurato all'entità del prestito, che non potrebbe essere ritenuto sempre idoneo a indebolire la suddetta fiducia (come anche la Corte riconosce).

Tolta questa eventualità, la Corte non prende in considerazione l'aspetto della proporzionalità in concreto della sanzione. L'intera motivazione inerente alla ragionevolezza appare tutta incentrata sulla ricostruzione del legame teleologico tra norma e fine di preservazione della fiducia dei consociati. Un argomento di questa portata potrebbe essere usato quando ci si trova di fronte a sanzioni "automatiche" in senso stretto, dove la lesione sarebbe più evidente perché difetterebbe una sede giurisdizionale per la rivalutazione del fatto, mentre, quando si deve scrutinare la legittimità costituzionale di una sanzione "fissa", andrebbe preso in considerazione anche l'aspetto della necessaria discrezionalità di cui il giudice, nel giudizio deputato all'accertamento del fatto, deve disporre nel graduare la sanzione alla sua gravità.

##### *5. Le differenze rispetto al precedente della [sentenza n. 170 del 2015](#): automatismo della sanzione accessoria del trasferimento ed eterogeneità delle fattispecie interessate*

La [sentenza n. 197 del 2018](#) presenta delle peculiarità rispetto ai precedenti adottati nella stessa materia. Per tale motivo, come sostenuto in precedenza, la Corte ha ritenuto di dover ricorrere ad un supplemento argomentativo, o meglio, ad operare una serie di distinguo ed eccezioni per giustificare la decisione di dichiarare non fondata la questione relativa all'automatismo sanzionatorio previsto dall'art. 12, comma 5, del d.lgs. n. 109 del 2006.

Un primo distinguo che merita attenzione è quello che intercorre tra il caso in esame e quello deciso con la [sentenza n. 170 del 2015](#). Si è detto che tale decisione riveste una posizione particolare rispetto a tutti gli altri precedenti, sia perché riguarda una ipotesi di automatismo sanzionatorio per illeciti disciplinari dei magistrati, sia perché riguarda anch'essa una "sanzione fissa", ma soprattutto perché il Giudice delle leggi è pervenuto ad un risultato opposto, dichiarando illegittima la norma che prevedeva come automatico il trasferimento d'ufficio del magistrato responsabile di una serie di illeciti.

Alla Corte non sfugge il rischio di incorrere in una contraddizione con la precedente decisione, per questo motivo ritiene di dover subito chiarire che la più recente sentenza di infondatezza non contrasta che la [sentenza n. 170 del 2015](#)<sup>43</sup>. Ciò che, però, appare poco persuasivo è il motivo che adduce a

---

<sup>41</sup> M. FANTACCHIOTTI, M. FRESA, V. TENORE e S. VITELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, cit., 299.

<sup>42</sup> G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo*, cit., 136.

<sup>43</sup> Per un commento adesivo ai contenuti della decisione v. S. DE NARDI, *Le sanzioni accessorie tornano facoltative*, in *Guida al diritto*, 33/2015, 50 ss.

giustificazione del diverso esito: nel caso della [sentenza del 2015](#) l'automatismo avrebbe abbracciato una serie di condotte eterogenee, dotate di disvalori fortemente differenziati, con conseguente disparità di trattamento derivante dall'impossibilità per il giudice di apprezzare l'intenzionalità del comportamento o la gravità del danno.

Quest'unico aspetto differenziale, per quanto fosse stato ampiamente valorizzato dalla Corte di cassazione nel rimettere la questione poi decisa con [sentenza n. 170](#)<sup>44</sup>, non pare trovare una collocazione di primo piano nella motivazione di questa decisione che appare, invece, incentrata su argomenti che ben avrebbero potuto essere richiamati nella [sentenza n. 197 del 2018](#).

Il Giudice delle leggi, nel [precedente del 2015](#), era partito con il ribadire la centralità del principio di proporzionalità, come conseguenza del principio di eguaglianza, che postula l'adeguatezza della sanzione al caso concreto. Ciò presuppone che la valutazione del giudice debba avvenire "in concreto", tenendo conto dei comportamenti posti in essere nel commettere l'illecito, per cui sarebbero "tendenzialmente"<sup>45</sup> illegittime le sanzioni rigide, vale a dire, quelle che sono applicate prescindendo da una verifica di adeguatezza al caso concreto e dalla valutazione sulla gradualità applicativa.

Che la Corte abbia presente in questo caso un duplice significato della proporzionalità – in astratto e in concreto – emerge chiaramente dai passaggi conclusivi della decisione ove viene ravvista l'illegittimità della "presunzione assoluta" perché «svincolata – oltre che dal controllo di proporzionalità da parte del giudice disciplinare – anche dalla verifica della sua concreta congruità con il fine [... del] buon andamento della amministrazione della giustizia». Per questo motivo gli automatismi sarebbero illegittimi non solo perché, da un punto di vista astratto, contrari al principio di eguaglianza quando difettosi di un adeguato bilanciamento da parte del legislatore, ma irragionevoli anche nella misura in cui, da un punto di vista concreto, sia precluso al giudice di collegare la sanzione alla gravità dell'illecito, desumibile dalla condotta, dalla misura della pena o dal bene protetto.

Se si guarda alla *ratio* degli automatismi scrutinati dalla due sentenze poste a raffronto si può constatare che il fine ultimo perseguito sia sempre quello di garantire il buon andamento dell'amministrazione della giustizia, tuttavia, queste pretendono di raggiungere il medesimo fine in modo diverso.

La [sentenza n. 197](#) ritiene che la sanzione "fissa" sia l'unica che consenta di raggiungere in modo efficace il suddetto obiettivo e pertanto non ritiene irragionevole la scelta del legislatore, senza interrogarsi affatto sul ruolo del giudice in sede di commisurazione della pena e di valutazione delle circostanze concrete del fatto.

La [sentenza n. 170](#) segue, invece, un'argomentazione più approfondita che non si arresta al mero aspetto "oggettivo" del bilanciamento tra diverse esigenze sotteso alla scelta legislativa, ma tiene anche in considerazione il controllo di proporzionalità in "concreto" del giudice, unico soggetto in grado di adeguare il dato normativo della fattispecie alla variabilità dei casi della vita reale.

Un secondo aspetto comune riguarda la supposta eterogeneità delle fattispecie. Si tratta di un fattore che è addotto dal Giudice delle leggi a elemento di discriminare tra le due ipotesi. Mentre nel caso della [sentenza del 2015](#) la Corte ritiene che l'automatismo investa un ampio ventaglio di condotte

---

<sup>44</sup> [Corte cost., 16 luglio 2015, n. 170](#), punto 4 del Considerato in diritto, riporta quanto sostenuto dalla Cassazione nell'ordinanza di rimessione. La disposizione che prevede l'automatismo del trasferimento d'ufficio nelle ipotesi di cui all'art. 2, comma 1, lett. a, si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., per irragionevolezza e disparità di trattamento, in quanto: a) equipara irragionevolmente dal punto di vista sanzionatorio una pluralità di illeciti dotati di ben diversa gravità e caratterizzati da un differente contributo psicologico dell'autori; b) preclude al giudice disciplinare di tener conto di tali differenze in violazione della "indispensabile gradualità sanzionatoria" e di verificare se l'inflizione della sanzione sia necessaria a conseguire lo scopo della preservazione del buon andamento dell'amministrazione della giustizia che essa sottende. Cfr. altresì, F. ZAMMARTINO, *Sul trasferimento disciplinare dei magistrati da parte del CSM alla luce della sentenza n. 170/2015 della Corte costituzionale*, cit., 7.

<sup>45</sup> Non escludeva, infatti, la Corte che il legislatore, nella sua discrezionalità, potesse prevedere sanzioni accessorie anche automatiche, tuttavia, ciò poteva essere giustificato solo dalla peculiarità del fatto e dalla correlazione con la gravità della sanzione.

di natura eterogenea, altrettanta eterogeneità non è ravvisata dalla Corte nella [pronuncia del 2018](#). In realtà, ad una più attenta osservazione non è del tutto pacifico che la formulazione dell'art. 12, comma 5, valga ad accomunare sotto la sanzione fissa della rimozione fattispecie tra loro del tutto omogenee<sup>46</sup>. Pertanto, quanto affermato per il caso del trasferimento accessorio potrebbe valere anche per la rimozione automatica, anch'essa applicabile ad una pluralità di situazioni eterogenee.

L'ultimo profilo comune, seppur trattato diversamente, tra le decisioni può essere rinvenuto nella chiosa finale della [sentenza n. 170 del 2015](#), su un aspetto che, invece, nella [sentenza n. 197 del 2018](#) non emerge. Nella prima decisione la Corte si serve di un ulteriore argomento *ad adiuvandum*<sup>47</sup>, non richiesto dai parametri adottati dal giudice rimettente, quello della possibile incidenza di una sanzione automatica, quale quella del trasferimento, sul principio della inamovibilità del giudice di cui all'art. 107 Cost., il quale potrebbe essere intaccato ove il provvedimento non sia supportato da valide ragioni. Se tale argomento è stato richiamato per un provvedimento non "risolutivo", quale il trasferimento, a maggior ragione occorrerebbe interrogarsi sui rapporti tra inamovibilità e rimozione che, per quanto la Corte dica in conclusione del punto 9 del Considerato in diritto, è destinata a produrre un effetto irreparabile, il più grave, per la carriera del magistrato.

Queste brevi considerazioni inducono a ritenere che, forse, tra le due decisioni ci fossero più punti in comune di quanti all'apparenza la [sentenza n. 197](#) sembri affermare e che le medesime argomentazioni sulla proporzionalità "in concreto" che nella [sentenza n. 170](#) avevano avuto largo riscontro, ove riprese anche nella decisione in commento, avrebbero potuto condurre il Giudice delle leggi ad esiti distinti, quantomeno sul piano argomentativo.

#### *6. Gli automatismi sanzionatori in ambito penale e in ambito disciplinare: una diversa operatività delle garanzie costituzionali*

Il secondo distinguo che la Corte ritiene di operare nella decisione in commento attiene al suo rapporto con la giurisprudenza, ormai consolidata, relativa all'ambito degli automatismi in materia penale.

Come si è affermato in precedenza, il grado di severità tra i due ambiti non può essere del tutto assimilato, visto che per gli automatismi in materia penale la Corte sembra adottare criteri di maggiore rigore, orientandosi nel senso di una sorta di "presunzione relativa di irragionevolezza" degli automatismi legislativi<sup>48</sup>, mentre analogo rigore non pare possa leggersi in tutte le sentenze che riguardano la materia disciplinare.

Preliminarmente, infatti, la Corte afferma che la [sentenza n. 197](#) non contraddice una giurisprudenza che, in ragione degli artt. 3 e 27 Cost., ritiene "in linea di principio" illegittimi gli automatismi legislativi nell'ambito penale. Come è stato osservato in dottrina, con riferimento al tema delle "pene fisse", si porrebbe la necessità del bilanciamento tra due opposte esigenze: da una parte, il principio di legalità delle pene fungerebbe da limite alla discrezionalità del giudice nella

---

<sup>46</sup> L. PACE, *Sanzione disciplinare del magistrato e presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi*, cit., 2414, il quale, tra l'altro, rileva come l'eterogeneità sia ulteriormente dimostrata dalla formulazione dell'art. 3, comma 1, lett. e, «il quale, sotto il profilo del disvalore giuridico, è [...] idoneo ad abbracciare una serie di condotte fortemente eterogenee».

<sup>47</sup> S. DE NARDI, *Le sanzioni accessorie tornano facoltative*, cit., 53 s., osserva, tra l'altro, che la Corte ha manifestato la chiara consapevolezza che un provvedimento inerente al mutamento di sedi o di funzioni finisce per incrinare il prestigio del magistrato che lo subisce, per tale motivo il trasferimento ha carattere particolarmente afflittivo, secondo una considerazione che per la rimozione potrebbe apparire addirittura superflua, ma, in ogni caso, da non dare per scontata.

<sup>48</sup> Ritiene L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 3, che «la norma si presume incostituzionale (in quanto l'automatismo la carica di potenziali profili di irragionevolezza) salvo prova contraria. Essa, quindi, si presume affetta da incostituzionalità, che non verrà dichiarata soltanto se la norma riuscirà a superare un controllo da cui emerga che l'automaticità della previsione sia funzionale alla tutela di un interesse, il quale – rispetto al caso da cui è scaturita la questione di costituzionalità – risulti prevalente». In senso analogo cfr. G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà del genitore per il delitto di alterazione di stato*, in [Diritto penale contemporaneo](#), 2012.

graduazione della sanzione, dovendo limitarsi alla valutazione delle mere circostanze, dall'altra, vi sono tutta una serie di criteri di commisurazione, improntati a diverse finalità, che mirano a realizzare la massima adattabilità della pena al fatto concreto, secondo una valutazione che non può prescindere da un certo grado di discrezionalità. La giurisprudenza in materia di automatismi penali sarebbe maggiormente rispettosa di tale seconda esigenza, espressione di «un tempo in cui viviamo l'aspirazione all'eguaglianza, intesa come adeguatezza del diritto alle situazioni concrete»<sup>49</sup>.

Secondo la Corte, invece, per quanto le sanzioni disciplinari rientrino nel vasto genere del “diritto sanzionatorio”, conservano una loro specificità che consente di assimilarle soltanto in parte alle pene in senso stretto, subordinandole così in modo parziale alle garanzie che la Costituzione riserva ad esse. Detto altrimenti, per le pene sarebbe possibile rinvenire uno statuto costituzionale di maggior rigore, applicabile alle sanzioni disciplinari soltanto nel suo nucleo duro<sup>50</sup>.

In ragione di ciò, tutta una serie di garanzie che riguardano la pena si applicano in maniera più flessibile alle sanzioni disciplinari. In tale ambito, quindi, il bilanciamento tra opposte esigenze che sottendono alla previsione della sanzione può essere orientato verso la prevalenza di fini ulteriori che nell'ambito della pena in senso stretto non potrebbero trovare accoglimento. In relazione alle finalità della pena si è soliti discorrere di prevenzione generale, prevenzione speciale e di retribuzione, tutte orientate alla rieducazione, mentre in relazione alle sanzioni disciplinari possono emergere esigenze diverse, anch'esse meritevoli di attenzione secondo la Corte, che riguardano, ad esempio, la rimozione dal servizio delle persone che non risultino più in grado di assolverlo. In questo caso, quindi, sussisterebbe la possibilità che a venire in rilievo vi siano degli aspetti puramente “oggettivi”, che non riguardano la persona condannata, ma la necessità di preservare l'efficienza e il corretto funzionamento di un servizio.

Questa è la tesi che, secondo la Corte costituzionale, consentirebbe di derogare per le sanzioni disciplinari ad alcune garanzie proprie delle pene, anche tenendo conto del fatto che queste ultime sono destinate ad avere un'incidenza sicuramente più invasiva sui diritti fondamentali della persona.

A questo punto, però, sorge un interrogativo. La sanzione disciplinare, per quanto formalmente diversa dalla sanzione penale, rientra comunque nel novero del c.d. “diritto sanzionatorio”, che comprende anche sanzioni di natura amministrativa. Ci si chiede, quindi, se il criterio distintivo utilizzato dalla Corte, che pone l'accento sulle diverse esigenze obiettive che vi sono sottese e sulla minore incidenza sui diritti fondamentali, sia in sé perfettamente recepito o avrebbe richiesto qualche ulteriore approfondimento circa la natura della sanzione disciplinare.

Nel tentare di dare una risposta a tale interrogativo non offre un grande aiuto la giurisprudenza della Corte EDU. I Giudici di Strasburgo si sono trovati ad affrontare la questione allorché hanno dovuto stabilire se le sanzioni disciplinari dovessero sottostare alle garanzie dettate in genere dall'art. 6 CEDU. Le conclusioni raggiunte non sono sempre state del tutto lineari, e ciò è dovuto soprattutto alla disomogeneità che i differenti sistemi disciplinari presentano quanto a finalità punitive, natura delle infrazioni e severità delle sanzioni. Per tale ragione la Corte EDU non ha potuto ricondurre le sanzioni disciplinari alle medesime garanzie previste dalla Convenzione per le sanzioni penali attraverso una serie di criteri generali, ma ha dovuto, piuttosto, affrontare i singoli casi secondo le loro peculiarità concrete<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, Bologna, 2018, 185.

<sup>50</sup> La funzione rieducativa della pena rappresenta uno dei connotati di maggiore modernità del diritto penale, vista la sua particolare collocazione nell'art. 27, comma 3, Cost., «altre finalità della pena non autorizzano alcun “pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione”»: l'individuo non può essere strumentalizzato per fini di politica criminale, “in uno Stato evoluto la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alle funzioni stesse della pena”. Così D. PULITANO, *La misura delle pene, tra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 50.

<sup>51</sup> Osserva, infatti, V. MANES, *Commento all'art. 7 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA e V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2013, 266, come «il carattere settoriale degli illeciti disciplinari abbia condotto la Corte a porre in secondo piano le analogie in termini teleologici della sanzione disciplinare rispetto a quella penale, e a dare maggior peso al criterio quantitativo della gravità della misura».



Un criterio seguito, ad esempio, è stato quello relativo alla gravità della misura, inteso con un ampio margine di elasticità, tant'è vero che è stata esclusa la natura penale anche per sanzioni disciplinari che comportavano brevi periodi di limitazione della libertà personale<sup>52</sup>, mentre misure sostanzialmente analoghe, ma di maggiore durata, sono state ricomprese nella garanzia dell'art. 6 CEDU<sup>53</sup>. Mancando un criterio di carattere obiettivo che permetta di distinguere la sanzione disciplinare da quella penale, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano delle garanzie, non possiamo ricavare dalla giurisprudenza europea elementi che permettano di risolvere in un senso o nell'altro la questione.

Altrettanto non lineare sembra essere la giurisprudenza della Corte costituzionale, soprattutto se si riflette su alcuni risalenti precedenti che, seppur con riferimento al tema delle sanzioni automatiche, hanno ribadito che la tendenziale esclusione delle pene rigide vale per l'ambito penale e altresì per quello amministrativo<sup>54</sup>. Tale tesi pare essere posta in discussione dalla più recente sentenza, soprattutto se si pensa al distinguo operato in ultima battuta che prevede un sistema massimo di garanzie per le pene in senso stretto e un sistema "minimo" per le sanzioni disciplinari.

A parere di chi scrive, sembra che, al riguardo, venga tenuto in scarsa considerazione il fatto che anche le sanzioni disciplinari possono avere una portata particolarmente afflittiva. Se si guarda all'incidenza "risolutoria" che la rimozione ha sulla carriera del magistrato, forse tale aspetto andava meglio valorizzato, quantomeno con un approfondimento argomentativo in motivazione, per cui, pur non potendo porsi in dubbio il fatto che le sanzioni disciplinari non siano sanzioni "sostanzialmente" penali, andrebbe sempre tenuta presente l'omogeneità di fondo che connota in genere il diritto punitivo, soprattutto quando le sanzioni possono avere effetti particolarmente gravosi su un diritto fondamentale del cittadino e, per tale ragione, sono applicate all'esito di procedimenti che ricalcano in larga misura quello penale quanto a garanzie<sup>55</sup>.

### *7. Conclusioni. Valutazione della Corte costituzionale incentrata sulla ragionevolezza e la proporzionalità della sanzione, ma che non tiene in adeguato conto la graduazione alla gravità del fatto*

La questione che si sta analizzando offre l'occasione per formulare alcune impressioni conclusive, anche in una prospettiva più ampia concernente il sistema di giustizia disciplinare dei magistrati.

---

<sup>52</sup> Si vedano, ad esempio, le sentenze Corte EDU, 8 ottobre 1980, *X c. Regno Unito*, relativa all'obbligo di dimissioni per un funzionario di polizia; Corte EDU, 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malta*, relativa ad una sanzione limitativa della libertà fino a sessanta giorni; ma soprattutto Corte EDU, 17 luglio 2008, *Ashughyan c. Armenia*, la quale ha affermato che, in linea di principio, le sanzioni limitative della libertà personale rientrano nella materia penale, salvo casi eccezionali rappresentati proprio dagli illeciti disciplinari.

<sup>53</sup> In questo senso, anche se con riferimento ad illeciti in ambito carcerario, Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e al. c. Olanda*.

<sup>54</sup> Si tratta della già citata [sentenza n. 270 del 1986](#) la quale ha affermato che «l'ordinamento appare viepiù tendenziale, oggi, verso la esclusione di sanzioni rigide, non graduate — cioè — in rapporto al caso concreto». Cfr. L. PACE, *Sanzione disciplinare del magistrato e presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi*, cit., 2408, nota 4. Una certa tendenza all'assimilazione tra diverse ipotesi sanzionatorie (pena, misura di sicurezza, misura di prevenzione) da parte della giurisprudenza è riscontrata anche da G.P. DOLSO, *La destituzione di diritto ancora al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 3603.

<sup>55</sup> Ritiene ancora G.P. DOLSO, *La destituzione di diritto ancora al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 3604, nota 36, che secondo «l'ottica coltivata dalla Corte anche nella [sent. n. 160 del 1982](#) [...] emerge una omogeneità di fondo in ordine alle garanzie che hanno da presidiare i vari moduli processuali, in fin dei conti sgomati su quello penale». Sulla qualificazione "processuale" del procedimento disciplinare innanzi alla Sezione si rinvia all'ampio approfondimento di G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo*, cit., 86 ss., secondo il quale «si può affermare come il sistema vigente proponga un modello che, pur nella sua non semplice identificazione, stante la sua atipicità, è evidentemente processuale nel significato classico del termine, sia dal punto di vista della costruzione formale e quindi normativa, sia, soprattutto, dal punto di vista degli strumenti sostanziali riconosciuti a chi, in qualità di incolpato, si muove all'interno dello stesso».

In primo luogo, la [sentenza n. 197 del 2018](#) pare segnalarsi come decisione di carattere “eccezionale” rispetto a molti precedenti che la Corte ha adottato in materia di automatismi sanzionatori disciplinari. Il consueto orientamento della Corte ha sempre avuto come fondo la valorizzazione del ruolo del giudice disciplinare non solo nella decisione sul singolo fatto di illecito, ma anche sulla sanzione più adeguata allo stesso. Tale valorizzazione si è espressa attraverso il richiamo del principio di proporzionalità “in concreto”, il quale implica che la commisurazione della sanzione debba essere adeguata al caso specifico secondo una valutazione circostanziata che potrebbe rientrare soltanto nelle funzioni proprie del giudice. Ove la Corte ha ritenuto di dare rilievo ad altre esigenze (oltre al caso in esame, anche nella [sentenza n. 234 del 2015](#)) ha dovuto necessariamente derogare rispetto a tale principio, preferendo incentrare la propria decisione più su aspetti “oggettivi”, fornendo una lettura delle disposizioni impugnate non in una prospettiva concreta e applicativa, ma finalisticamente orientata.

Ciò pare riscontrarsi anche nella sentenza in questione, ove la disposizione che prevede la rimozione come sanzione fissa per determinati illeciti appare giustificata non tanto da una particolare obiettiva gravità del fatto valutabile in concreto, ma dall’astratta esigenza di conservare la fiducia dei consociati nell’indipendenza e nell’imparzialità della giurisdizione. Ciò che prevale, quindi, è la ricostruzione di una *ratio* di tipo oggettivo della disposizione, per questo motivo, nella prospettiva della decisione, ha poco senso parlare della graduazione in concreto della sanzione e dalla sua adeguatezza al fatto. Se a rilevare non è la particolare gravità del fatto che può giustificare una sanzione estrema, previa valutazione del giudice, ma la tutela della funzione giurisdizionale in senso oggettivo, anche un illecito apparentemente tenue sarebbe idoneo a lederla, meritando in astratto una sanzione tanto afflittiva quanto può risultare la rimozione<sup>56</sup>.

Se si guarda, però, alle ragioni che avevano orientato la Corte nella [sentenza n. 170 del 2015](#) – la più affine per materia alla [n. 197 del 2018](#) – sorgono interrogativi sulla opportunità di giungere ad esiti tanto diversi nei due casi. In entrambe le pronunce la *ratio* dell’automatismo viene individuata nella necessità di preservare il buon andamento dell’amministrazione della giustizia, ma, soltanto la prima decisione pare accedere ad un giudizio che si estende anche alla necessità di valutare l’adeguatezza della sanzione al caso concreto come indice della proporzionalità e non si limita ad una verifica di congruità astratta della misura rispetto al fine<sup>57</sup>.

In questo modo la Corte valuta i profili della ragionevolezza e della proporzionalità, ma non quello della graduazione, ponendo tutte le ipotesi che integrano l’illecito *de qua* sullo stesso piano di gravità. Tale differenza nell’approccio avrebbe forse meritato un maggiore approfondimento argomentativo, rispetto allo stringato riferimento alle ragioni di eterogeneità di cui la sentenza dice al punto 10 del Considerato in diritto. Questa diversa lettura della questione, tra l’altro, potrebbe essere alla radice del “dissidio” decisionale emerso nel collegio ed evidenziato dalla sostituzione del giudice relatore con altro giudice per la redazione.

Una seconda riflessione di carattere generale che è possibile ricavare dalla recente giurisprudenza riguarda il suo impatto sul ruolo del giudice disciplinare. A partire dalla “grande” riforma del sistema disciplinare dei magistrati operata nel 2006 si è assistito ad un progressivo orientarsi verso la

---

<sup>56</sup> In sostanza, non conta che, nel caso specifico, uno dei fatti di illecito cui si riferisce l’art. 3, comma 1, lett. *e*, raggiunga un certo livello di gravità, quanto ad effetti, per meritare la rimozione. Se la gravità supera il “limite” della scarsa rilevanza di cui all’art. 3 *bis* è di per sé idoneo (presuntivamente) a ledere l’immagine di indipendenza e imparzialità della giurisdizione e compromettere la fiducia che i cittadini devono rivestire nell’amministrazione della giustizia. Una valutazione orientata da tale criterio fa sì che la distinzione tra tenue e grave riferita ai prestiti e benefici ottenuti dal magistrato perda di rilevanza, essendo questi sempre ed automaticamente gravi (salvo scarsa rilevanza). Cfr. G. MARINO, *Il magistrato riceve un prestito dall’imputato*, cit., 9 s.

<sup>57</sup> Osserva M. CARTABIA, *I giudizi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., 12 ss., che le peculiarità del caso concreto hanno spesso inciso in modo determinante sulle valutazioni della Corte in materia di automatismi. Analogamente S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, cit., 247 s., sostiene che il diverso esito del *test* di evidenza condotto nel giudizio di ragionevolezza sull’automatismo può essere condizionato dall’importanza delle esigenze costituzionali di volta in volta implicate. Da ciò si può ricavare, *a contrario*, che, ove l’esigenza costituzionale sia assolutamente la stessa, sarebbe necessario un particolare approfondimento argomentativo per giustificare il distinto trattamento di due automatismi sanzionatori.

riduzione della discrezionalità dell'organo giudicante nella scelta della sanzione che risulta più limitata e controllabile<sup>58</sup>. Se questo vale per l'avvenuta tipizzazione degli illeciti e per la configurazione di minimi edittali delle sanzioni, a maggior ragione vale per quelle ipotesi – tra cui quella oggetto della decisione in commento – in cui la sanzione comminabile non è graduabile (e massima nella sua entità).

La ragione di ciò è stata individuata nella percezione largamente diffusa a livello comune di una sostanziale inefficacia della giustizia disciplinare dei magistrati, spesso non in grado di adottare sanzioni realmente afflittive o propensa ad assumere «toni alquanto benevoli [...] anche rispetto a condotte gravemente lesive dei diritti dei cittadini o del corretto funzionamento della giustizia»<sup>59</sup>, al punto da essere definito come vero e proprio giudice domestico, se non addomesticato<sup>60</sup>.

In realtà, stando ai dati statistici<sup>61</sup>, sembra emergere che la giustizia disciplinare dei magistrati sia tutt'altro che “addomesticata”, e, soprattutto a seguito della riforma del 2006, si è avuto un deciso aumento delle iniziative disciplinari e del contenzioso, tanto da dar vita «ad un sistema di controllo disciplinare vissuto spesso dalla magistratura come eccessivamente stringente e pervasivo»<sup>62</sup>, per giungere, in tempi più recenti, ad una situazione di maggiore stabilità<sup>63</sup>.

Se, quindi, la diffidenza verso la giustizia disciplinare è dettata più da pregiudizi ideologici che dal supporto di dati reali, si può concludere che il contenimento della discrezionalità del giudice non sia motivata dall'esigenza di assicurarne un suo rigoroso funzionamento. La sentenza in commento, invece, facendo salva la disposizione dell'art. 12, comma 5, sembra non intaccare l'approccio “protezionistico” del legislatore diretto a “sterilizzare” la discrezionalità decisionale della Sezione, quasi a prevenire che certi illeciti possano essere trattati troppo “morbidamente” (anche quando non particolarmente rilevanti, seppur non scarsamente rilevanti). Tra le righe della disposizione impugnata sembra si possa leggere una non velata “diffidenza valutativa” rispetto alla Sezione, analogamente alla disposizione che, in precedenza prevedeva il trasferimento obbligatorio per le ipotesi degli illeciti di cui all'art. 2, comma 1, lett. a, giustamente espunta dall'ordinamento con la [sentenza n. 170 del 2015](#), favorevolmente accolta in dottrina sotto questo profilo<sup>64</sup>.

A ciò va aggiunto che il particolare rigore della Sezione ha anche un fondamento di carattere teleologico che varrebbe a differenziare la propria attività da quella giurisdizionale in senso stretto. Mentre questa non dovrebbe perseguire altri fini che quelli della giustizia in senso astratto, la funzione disciplinare sarebbe preordinata al raggiungimento di un interesse specifico, quello della tutela

<sup>58</sup> Secondo D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, cit., 61, la discrezionalità sarebbe «più limitata in quanto per diverse fattispecie illecite la sanzione minima è predeterminata per legge, più controllabile perché l'eventuale violazione del minimo previsto potrà essere oggetto di ricorso in Cassazione per violazione di legge».

<sup>59</sup> G. DI FEDERICO, *Limiti ed inefficacia degli strumenti di selezione negativa dei magistrati*, in AA.VV., *La selezione dei magistrati: prospettive psicologiche*, Milano, 1976, 24.

<sup>60</sup> Sul problema della percezione dell'eccessiva “clemenza” del giudice disciplinare e dell'inadeguatezza di un sistema disciplinare amministrato in maniera “domestica” si era concentrato anche lo stesso CSM in alcuni contributi del quaderno *Riformare il giudice disciplinare dei magistrati?*, *Atti del convegno organizzato dal Consiglio superiore della magistratura il 12 dicembre 2011*, *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, n. 158/2012, Roma. Si vedano in particolare i contributi di V. BORRACCETTI, *Presentazione*, 13; P. DAVIGO, *Riformare il giudice disciplinare dei magistrati?*, 76; N. ZANON, *“Sei gradi di separazione”: ovvero come assicurare la terzietà della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura*, 87.

<sup>61</sup> C. CASTELLI, *Un bilancio del sistema disciplinare a 10 anni dalla riforma*, in [Questione giustizia](#), 4/2017, 114 ss.

<sup>62</sup> In tal senso G. CAMPANELLI, *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo*, cit., 209, il quale deduce che la diffidenza verso il sistema di giustizia disciplinare dei magistrati «sia spesso condizionata da aprioristici pregiudizi ideologici e non aderente alla realtà dei fatti dimostrata da una serie di dati sull'andamento della giustizia disciplinare e sulle condanne irrogate».

<sup>63</sup> Si veda, in tal senso, l'intervento del Procuratore generale della Corte Suprema di cassazione Riccardo Fuzio in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario il 25 gennaio 2019, consultabile al [sito telematico del C.S.M.](#)

<sup>64</sup> F. ZAMMARTINO, *Sul trasferimento disciplinare dei magistrati da parte del CSM alla luce della sentenza n. 170/2015 della Corte costituzionale*, cit., 11.

dell'imparzialità e dell'autonomia della giurisdizione<sup>65</sup>. Visto il fine intrinseco di tale funzione sarebbe priva di una logica reale la volontà di circoscrivere ulteriormente la discrezionalità del giudice disciplinare attraverso la previsione di sanzioni fisse.

Un ulteriore punto meritevole di maggior approfondimento riguarda lo scrutinio che la Corte compie sulla "proporzionalità in senso stretto". Al riguardo, si è visto, la Corte ritiene che la sanzione non sia particolarmente afflittiva per il magistrato che la subisce in quanto, pur essendo tenuto a lasciare l'ordine giudiziario, potrebbe intraprendere una qualsiasi altra attività professionale. È stato rilevato in questo caso una carenza di «bilanciamento espresso, fra l'interesse dello Stato al buon andamento [...] del sistema giudiziario e quello dell'individuo alla conservazione del posto di lavoro»<sup>66</sup>. Si condivide la tesi per cui, indipendentemente dall'esito della questione, solo un bilanciamento esplicito tra queste due esigenze avrebbe fornito un argomento solido sulla valutazione della proporzionalità della sanzione, mentre un'affermazione come quella relativa alla possibilità di iniziare un nuovo lavoro pare quasi lapalissiana, al punto da non dar conto delle ragioni per cui la scelta del legislatore possa essere ritenuta adeguata.

Il fine obiettivo delle esigenze della giustizia in tal modo è totalmente assorbente, sia rispetto alla proporzionalità in concreto, sia rispetto a tutti gli altri diritti coinvolti, ben presenti alla Corte (si pensi al punto in cui afferma che la rimozione interferisce «in maniera assai gravosa con i diritti fondamentali del soggetto che ne è colpito»), ma lasciati inespressi sul piano argomentativo.

Concludendo, anche in ragione del numero molto ristretto di casi in materia, le più recenti decisioni dimostrano che i tempi per il formarsi di un orientamento consolidato nella giurisprudenza costituzionale sulle sanzioni fisse in ambito disciplinare, in particolare dei magistrati, ancora non siano maturi. Ciò che sembra prevalere, al fondo, è ancora il timore di interferire con la discrezionalità del legislatore, cui spetterebbero le scelte di politica sanzionatoria anche in ambito disciplinare, salvo irragionevolezza. Si tratta di un'esigenza di fondamentale importanza, non c'è dubbio, ma rispetto alla quale la Corte avrebbe potuto dar seguito ad un più "coraggioso" orientamento, se non altro perché, nel [precedente del 2015](#), già aveva avuto modo di ponderare le implicazioni che derivavano dal contrasto tra l'esigenza di adeguatezza e quella di preservazione della discrezionalità, risolvendo il bilanciamento a favore della prima<sup>67</sup>. Se due sentenze di segno contrario, ovviamente, non formano un orientamento è opportuno attendere la risoluzione di eventuali future questioni – anche diversamente motivate – che sollevino il dubbio della legittimità degli automatismi sanzionatori disciplinari dei magistrati per avere un'idea più chiara su quali siano realmente gli interessi prevalenti in gioco.

---

<sup>65</sup> Osserva L. PACE, *Sanzione disciplinare del magistrato e presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi*, cit., 2413, che tale interesse assume carattere principale, rispetto al quale gli interessi dei soggetti parte del procedimento vengono valutati come secondari.

<sup>66</sup> L. PACE, *Sanzione disciplinare del magistrato e presunzione di irragionevolezza degli automatismi legislativi*, cit., 2411.

<sup>67</sup> [Corte cost., 16 luglio 2015, n. 170](#), punto 6.1. del Considerato in diritto, ribadisce che «ferma, dunque, restando la discrezionalità del legislatore di prevedere l'indefettibile adozione di sanzioni accessorie, quando ciò sia giustificato dalla peculiarità della situazione fattuale generatrice dell'illecito, nonché dalla sussistente correlazione tra tale situazione e la gravità della sanzione [...], l'ordinamento è orientato verso la tendenziale esclusione di previsioni sanzionatorie rigide, la cui applicazione non sia conseguenza di un riscontrato confacente rapporto di adeguatezza col caso concreto, e rispetto alle quali l'indispensabile gradualità applicativa non sia oggetto di specifica valutazione nel naturale contesto del procedimento giurisdizionale».

Paolo Passaglia

## Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'opzione metodologica prescelta. – 3. I modelli «storici». – 4. L'emergere di nuovi modelli. – 4.1. Il modello «neo-regolamentarista». – 4.2. I sistemi improntati alla liberalizzazione. – 4.3. Il modello «neo-abolizionista». – 5. Appunti conclusivi.

## 1. Premessa

Tentare di tracciare un quadro comparatistico della disciplina della prostituzione è esercizio quanto mai complesso. Ciò non solo perché, come è stato rilevato dalla dottrina penalistica italiana, il fenomeno stesso della prostituzione è di per sé molto variegato<sup>1</sup>: pur operando una semplificazione (certo non scevra di semplicismo) tale da considerare il fenomeno come unitario, emerge chiaramente come le soluzioni presenti nei vari ordinamenti siano estremamente diversificate, tanto da rendere assai aleatorio qualunque tentativo di classificazione<sup>2</sup>.

Ponendosi sul piano puramente teorico, la *summa divisio* che può di primo acchito prospettarsi è data dalla diversa accentuazione dei due principi fondamentali che si confrontano, vale a dire la dignità umana (*recte*, una lettura della dignità umana come principio che si impone anche a prescindere da atti di volontà dell'individuo<sup>3</sup>), da un lato, e la libertà di autodeterminarsi, dall'altro. Il fenomeno della prostituzione evoca, certo, molti altri principi ed interessi, sovente di rango assolutamente primario, come ad esempio la salute (fisica e psichica) individuale e quella collettiva o l'ordine pubblico; se poi si estende il campo visuale a fenomeni che sono non di rado collegati all'esercizio della prostituzione, vengono in gioco anche altre esigenze come, ad esempio, la lotta alla tratta degli esseri umani. Da una panoramica delle soluzioni di politica del diritto più diffuse, queste esigenze assumono, effettivamente, una importanza per così dire derivata, giacché è dalla scelta che si compia, all'interno di un ordinamento, circa il punto di equilibrio nel bilanciamento tra dignità e libertà di autodeterminazione che si trae, per l'essenziale, la matrice ideologica della regolamentazione della prostituzione<sup>4</sup>. E, una volta compiuta questa scelta primigenia, quelle inerenti agli altri principi ed interessi sono, in qualche modo, consequenziali, almeno in larga misura.

---

\* Il presente scritto è destinato nel contempo agli Scritti in onore di Antonio Ruggeri.

<sup>1</sup> Nel *genus* «prostituzione» sarebbe necessario, quanto meno, individuare tre *species*, corrispondenti alla prostituzione «coattiva», alla prostituzione «necessitata» ed alla prostituzione «volontaria». La poliedricità del concetto di prostituzione è analizzata, segnatamente, da I. MERZAGORA – G. TRAVAINI, *Prostituzioni*, in AA.VV., *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, a cura di A. Cadoppi, Roma 2014, 38 ss.

<sup>2</sup> Il quadro si complica ulteriormente se si estende l'analisi alle diverse angolature dell'uso del proprio corpo a fini commerciali, nell'ambito di ciò che può definirsi come «sex work». Al riguardo, un esame, in una prospettiva comparatistica di ampio respiro, è stato condotto da V. ZENO ZENCOVICH, *Sex and the Contract*, 2<sup>nd</sup> ed., Roma 2015.

<sup>3</sup> Il riferimento va, essenzialmente, alla declinazione in termini oggettivi della dignità umana, ancorata cioè a parametri sociali; qualora, invece, si optasse per una nozione di stampo soggettivo, filtrata attraverso il punto di vista della persona, l'impostazione dell'alternativa con la libertà di autodeterminazione muterebbe considerevolmente. La problematica definizione del concetto di «dignità» è stata oggetto di numerosi studi, condotti sia sul piano filosofico che su quello del diritto positivo; la policromia della nozione è stata da ultimo affrontata, nella dottrina italiana, da C.M. MAZZONI, *Quale dignità. Il lungo viaggio di un'idea*, Firenze 2019, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>4</sup> L'alternativa tra dignità e libertà di autodeterminazione è al centro della riflessione condotta sulla prostituzione dalla dottrina penalistica italiana. Una lettura recentissima, anche alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza di merito e di legittimità in materia, è stata proposta da A. CADOPPI, *Dignità, prostituzione e diritto penale. Per una riaffermazione del bene giuridico della libertà di autodeterminazione sessuale nei reati della legge Merlin*, in [Archivio penale](#), n. 1, 2019, che espone un punto di vista chiaramente favorevole ad una rivalutazione della libertà di autodeterminazione rispetto all'impronta «paternalistico-moralista» data dalla dignità oggettiva. Al riguardo, v., altresì, A. CADOPPI, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2018, n. 3, 153 ss., spec. 181 ss., a commento dell'ordinanza del 6 febbraio 2018, con cui la Corte d'appello di Bari, sez. III, ha sollevato alcune questioni di legittimità costituzionale nei confronti della legge Merlin,

In questa sede non ci si potrà diffondere su tematiche teoriche di respiro tanto ampio, e ci si dovrà quindi accontentare dei cenni generalissimi che si sono appena tratteggiati per introdurre quello che è l'argomento precipuamente oggetto di studio. Oggetto sul quale è, a questo punto, opportuno soffermarsi: ferma restando la premessa della difficoltà estrema di qualunque classificazione, si cercheranno di individuare i principali modelli di disciplina del fenomeno della prostituzione riscontrabili dall'osservazione degli ordinamenti contemporanei. In riferimento a questi ultimi, si è ritenuto di concentrare l'attenzione sui sistemi riconducibili alla tradizione giuridica occidentale: ciò in quanto sul tema il piano giuridico è sovente intrecciato con altri piani, di ordine religioso, morale e culturale, con il che andare ad analizzare paesi profondamente diversi su questi altri piani renderebbe problematico, in quanto in ipotesi troppo parziale, l'adottare, come invece si farà, un approccio essenzialmente giuridico.

## 2. L'opzione metodologica prescelta.

Nella trattatistica che ha adottato una prospettiva di diritto comparato, l'individuazione dei modelli mostra, almeno in prima battuta, profili di comunanza, che lasciano poi spazio ad una divaricazione sempre più marcata, in parallelo con un panorama che, negli ultimi decenni, è andato considerevolmente frastagliandosi.

L'approccio maggiormente utilizzato è, con ogni probabilità, quello storico, alla luce del quale si analizza la disciplina della prostituzione a partire dall'inizio dell'Ottocento, andando a cogliere tre grandi prototipi, corrispondenti a quello «proibizionista», a quello «regolamentarista» ed a quello, in realtà più recente, di stampo «abolizionista». La tripartizione viene descritta principalmente attraverso il richiamo alle norme di diritto penale, per quanto la complessità delle singole discipline ostacoli, non di rado, una definizione chiara dei tre prototipi. A ben vedere, invece, ponendosi nell'ottica dei rapporti civilistici, le differenze si possono cogliere, certo in via di pura sineddoche, ma comunque in modo più immediato<sup>5</sup>. Nel determinare la qualificazione del rapporto di scambio di prestazioni sessuali contro denaro (o altri beni) si coglie, infatti, una corrispondenza biunivoca rispetto ai prototipi. Così, nei sistemi proibizionisti, il rapporto di scambio sarà di per sé oggetto di persecuzione, mentre nei sistemi abolizionisti il contratto non avrà quella rilevanza *sub specie juris* che ha, invece, nei sistemi regolamentaristi, ovviamente a patto che vengano rispettate le forme ed i contenuti che l'ordinamento stabilisca come vincolanti<sup>6</sup>.

---

questioni che sono poi state dichiarate infondate dalla [Corte costituzionale con la sentenza 7 giugno 2019, n. 141](#), Commentata da S. BERNARDI, *Sulla legittimità costituzionale dei delitti di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione: irrilevante il fatto che l'esercizio del meretricio sia il frutto di una libera scelta?*, [ivi](#), 8 luglio 2019; R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 novembre 2019; A. DE LIA, *Le figure di reclutamento e favoreggiamento della prostituzione al banco di prova della Consulta. Un primo commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 141/2019*, [ivi](#), 20 giugno 2019; M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, [ivi](#), 8 settembre 2019,

Sulla disciplina penalistica della prostituzione, sui principi che la connotano e sulle problematiche che in essa si annidano, v., di recente, AA.VV., *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, a cura di A. Cadoppi, cit.; P. DI NICOLA – V. BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione. I nuovi scenari interpretativi. I reati connessi, le misure di prevenzione e di sicurezza, le forme di protezione*, Milano 2015; T. PADOVANI, *Giustizia criminale. Vol. 7: Disciplina penale della prostituzione*, Pisa 2015; F. PARISI, *Prostituzione. Aporie e tabù di un nuovo diritto penale tutorio*, Torino 2018.

<sup>5</sup> Per un tale approccio, v. V. ZENO ZENCOVICH, *op. cit.*, spec. 143 ss., che peraltro, pur partendo dalla dimensione civilistica, estende l'analisi anche alle categorie pubblicistiche.

<sup>6</sup> La corrispondenza intercorrente fra i tre prototipi e la disciplina civilistica del *sex work* è ben evidenziata da D. DANNA, *Report on prostitution laws in the European Union*, Autumn 2013 – revised 5<sup>th</sup> February 2014, in [LaStrada International](#), Documentation Centre, 12 s.

Questa impostazione, se agevola in un primo orientamento, finisce, però, per essere sempre più limitante man mano che ci si addentri nelle pieghe delle regolamentazioni specifiche, relativamente alle quali, in effetti, il rivolgersi, almeno in prima battuta, al diritto pubblico (*in primis* al diritto penale e, successivamente, al diritto amministrativo) sembra che possa dischiudere orizzonti più chiari. Non solo – anche se, evidentemente, non è poco – per cogliere le ragioni della stessa attribuzione del *nomen* a ciascun prototipo, ma altresì per individuare con maggiore immediatezza le varianti nazionali e l'enucleazione di modelli ulteriori.

Se, come è il caso di queste pagine, si ha un obiettivo primariamente descrittivo, non possono quindi che ripercorrersi le strade già battute: per questo, dopo aver riconosciuto i meriti del diritto civile, si ritiene di doversi attenere all'impostazione ormai divenuta tradizionale.

### 3. I modelli «storici».

Non è dato delineare un *trend* univoco che segni l'evoluzione storica della regolamentazione della prostituzione<sup>7</sup>. Alle varie latitudini possono riscontrarsi approcci oscillanti, in cui si alternano la repressione ufficiale e la tolleranza *de facto*, ma anche la tolleranza teorica e la repressione di fatto, mediante il ricorso a fattispecie di reato come, ad esempio, il disturbo della quiete pubblica.

Ai fini di uno studio sul diritto contemporaneo, si può tuttavia prendere le mosse dalla rivoluzione francese, e dalla scelta compiuta di eliminare le normative proibizioniste che erano andate proliferando nel corso del Settecento, tanto che, nell'ultimo scorcio del secolo, la prostituzione era divenuta un fenomeno di per sé privo di rilevanza da un punto di vista giuridico. Già durante il Consolato, però, si optò per un diverso regime, volto a regolamentare l'attività di meretricio, la cui legalizzazione era vincolata, per l'essenziale, al suo svolgersi all'interno di case chiuse.

Questo schema, prototipo del regolamentarismo contemporaneo, è stato esportato nella grande maggioranza degli ordinamenti europei continentali, nei quali l'influenza del modello francese si è, in verità, sovente associata a tradizioni regolamentariste preesistenti. Alla base di questa soluzione si ponevano esigenze di mantenimento dell'ordine pubblico e della salute pubblica: il confinare la prostituzione entro luoghi deputati aveva l'obiettivo di assicurare un maggiore controllo, volto, in primo luogo, a prevenire la diffusione di malattie veneree.

Preoccupazioni di questo tipo hanno dato luogo, in taluni ordinamenti, a scelte più radicali, generalmente collegate a richiami alla religione e/o alla morale pubblica. Così, nella prima Inghilterra vittoriana, l'elevato numero di *sex workers* veniva contrastato con misure sempre più restrittive, sebbene di assai modesto impatto pratico, mentre negli Stati Uniti, qualche decennio più tardi, e cioè negli anni della Grande guerra, si arrivava ad una quasi generale criminalizzazione della prostituzione, per lo più giustificata dall'esigenza di garantire la salute pubblica. Questa stessa motivazione, unita però al rifiuto ideologico della prostituzione, sarà, decenni dopo, alla base del proibizionismo che caratterizzerà, dapprima, l'Unione sovietica e, poi, anche gli altri regimi di socialismo reale.

Nell'Europa occidentale, invece, il sistema regolamentarista non ha conosciuto una radicalizzazione, ma piuttosto una netta contestazione. Una contestazione ideologica, mossa dalla considerazione della condizione in cui versavano le prostitute, ridotte in stato di semi-schiavitù all'interno delle case chiuse. Proprio questa condizione suggerì un parallelo con la schiavitù che veniva combattuta in quelli stessi anni negli Stati Uniti, promuovendo una emancipazione delle prostitute nel quadro di un abolizionismo che era riferito, appunto, al regime di controlli sempre più rigidi e sempre più invasivi che il sistema regolamentarista imponeva. Non è probabilmente un caso che questo movimento abbia preso le mosse, grazie soprattutto a Josephine Butler, nell'Inghilterra

---

<sup>7</sup> Per una classificazione dei sistemi operata attraverso il richiamo all'evoluzione storica, v., nuovamente, D. DANNA, *op. cit.*, 13 ss.

vittoriana, cioè in un ambiente in cui il biasimo sociale per i *sex workers* ne favoriva una percezione come oggetti privi di diritti.

Il successo del movimento abolizionista si misurerà alla luce dello smantellamento progressivo del sistema regolamentarista, per aprire ad una disciplina della prostituzione rivolta a sanzionare lo sfruttamento ed il favoreggiamento, ma sul presupposto dell'irrelevanza penale della condotta del *sex worker*. Il punto focale della contesa tra i due approcci sarà quello della chiusura delle case chiuse, che vedrà in quella del Regno Unito l'esperienza storicamente più precoce (1885), e che poi si svilupperà in due ondate: nei primi decenni del Novecento, le case di tolleranza verranno chiuse nei paesi dell'Europa del Nord (Danimarca, 1901; Finlandia, 1907; Paesi Bassi, 1911; Svezia, 1918; Germania, 1927), mentre dopo la Seconda guerra mondiale si avrà un'ondata abolizionista soprattutto nell'Europa del sud (Francia, 1946; Belgio, 1948; Spagna, 1956; Italia, 1958; Portogallo, 1963)<sup>8</sup>.

Con il prevalere dell'opzione abolizionista rispetto a quella regolamentarista, nel panorama comparatistico i modelli di riferimento sono rimasti quello proibizionista e quello abolizionista, rispettivamente caratterizzanti, il primo, i sistemi di socialismo reale e gran parte degli Stati Uniti<sup>9</sup> e, il secondo, i paesi europei occidentali. I sistemi di tipo regolamentarista sono divenuti, di contro, nettamente recessivi, potendosi rintracciare solo in alcuni ordinamenti, come ad esempio in Grecia, e, specie a partire dagli anni settanta, nello Stato del Nevada<sup>10</sup>.

#### 4. L'emergere di nuovi modelli

La *summa divisio*, che poteva dirsi consolidata tra la fine degli anni cinquanta ed i primi anni sessanta, ha fornito il quadro di riferimento fondamentale per le soluzioni adottate dai vari ordinamenti. In tal senso, è significativo che, al crollo dei sistemi di socialismo reale, la disciplina della prostituzione nell'Europa dell'Est si sia indirizzata o verso il mantenimento di un regime di stampo proibizionistico o verso la scelta abolizionista (come in Polonia, nella Repubblica Ceca, in Slovacchia, in Romania ed in Bulgaria).

Tanto il proibizionismo quanto l'abolizionismo, pur nella diversità delle soluzioni, rispondevano, del resto, ad una logica unitaria, ben sintetizzata nel preambolo della Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione 317 (IV) del 2 dicembre 1949, che si apre con la dichiarazione secondo cui «la prostituzione e il male che l'accompagna, vale a dire la tratta degli esseri umani ai fini della prostituzione, sono incompatibili con la dignità ed il valore della persona umana e mettono in pericolo il benessere dell'individuo, della famiglia e della comunità».

<sup>8</sup> Questa schematizzazione temporale è proposta da D. DANNA, *op. cit.*, 14, che rileva una correlazione tra la fede protestante della maggioranza della popolazione dei paesi della prima ondata ed una preminenza del cattolicesimo tra i paesi della seconda ondata.

<sup>9</sup> Con riferimento agli Stati Uniti, peraltro, risulta piuttosto complesso dar conto dell'esistenza di un modello di proibizionismo, nella misura in cui, posto il principio del divieto, le concrete declinazioni dello stesso possono variare anche in misura molto marcata, per molteplici ragioni, che possono attenerne, ovviamente, ai meccanismi sanzionatori ed all'entità delle sanzioni previste, ma anche ai soggetti sanzionati: ad esempio, in taluni ordinamenti (si pensi allo Stato della California) è contemplata in linea generale la sanzionabilità del cliente, mentre in altri la sanzionabilità del cliente è limitata a casi particolari, come quelli della minore età del *sex worker* o della consapevolezza relativa alla coercizione allo svolgimento dell'attività di meretricio di cui ci si avvalga.

<sup>10</sup> Il Nevada costituisce una eccezione rilevante nel panorama statunitense. Nel 1971, infatti, è stata introdotta una forma di autorizzazione all'apertura di case chiuse in contee con popolazione inferiore ai 700.000 abitanti (NRS 244.345 – *Dancing halls, escort services, entertainment by referral services and gambling games or devices; limitation on licensing of houses of prostitution*): su 16 contee, la prostituzione è dunque illegale in 6 contee, oltre che nel territorio di Carson City, capitale dello stato; delle 10 contee in cui l'apertura di case chiuse è ammessa, se ne registra la presenza in 7. Per un inquadramento del *sex work* in Nevada, v. B.G. BRENTS – C.A. JACKSON – K. HAUSBECK, *The State of Sex: Tourism, Sex and Sin in the New American Heartland*, London 2009.



La declinazione in senso rigorosamente oggettivo della dignità portava, dunque, ad una condanna generalizzata della prostituzione, che nell'ottica proibizionista coniugava riprovazione morale e divieto legale della prostituzione *ut sic*, mentre nel paradigma abolizionista si concentrava sulla reazione contro «il male» collegato al meretricio.

Le aspirazioni ideali dell'uno e dell'altro prototipo hanno conosciuto, tuttavia, nel corso degli anni, realizzazioni concrete non compiutamente soddisfacenti. Se il miglioramento delle condizioni igienico-sanitarie e, in parte, la diffusione dei profilattici hanno circoscritto le preoccupazioni legate alla salute pubblica, sia l'approccio proibizionista che quello abolizionista non hanno potuto evitare che la prostituzione restasse un fenomeno sociale vitale e significativo, sviluppatosi nell'illegalità o, quanto meno, nelle pieghe del diritto. L'inaccettabilità morale della prostituzione ha così aperto la strada ad una attività che sfuggiva a controlli, alimentata dai traffici malavitosi. L'emergere di nuovi fenomeni, quali, per un verso, le ondate migratorie che hanno allargato l'offerta di *sex workers* e, per l'altro, la diffusione di nuove malattie sessualmente trasmissibili (l'AIDS, in particolare) hanno evidenziato le difficoltà con le quali gli obiettivi ideali si sono dovuti confrontare.

È in questo quadro che, tra la fine del XX secolo ed i primi anni del XXI, sono state ricercate, in vari ordinamenti, nuove soluzioni; soluzioni mosse, sì, da preoccupazioni concrete, ma veicolate anche, almeno in parte, da nuove impostazioni ideali. Sono quindi emersi tre nuovi modelli, che si sono affiancati ai due prototipi residui.

#### 4.1. *Il modello «neo-regolamentarista».*

Un primo modello «nuovo» potrebbe lasciar pensare ad un semplice recupero di quello regolamentarista. In effetti, ad una prima osservazione, gli ordinamenti che hanno (ri)legalizzato la prostituzione parrebbero aver riproposto soluzioni normative prossime a quelle che avevano caratterizzato l'Ottocento e la prima parte del Novecento. A ben vedere, però, il modello regolamentarista «storico» era caratterizzato da una marcata attenzione per le esigenze collettive, a scapito della dimensione individuale del *sex worker*; di contro, nel nuovo regolamentarismo, le esigenze di ordine e salute pubblici sono state, ovviamente, tenute presenti, ma l'accento è stato posto principalmente sul cambiamento dei termini del bilanciamento tra la dignità (in senso oggettivo) e la libertà di autodeterminazione del *sex worker*, con il che la legalizzazione si è attuata all'interno di un paradigma concettuale teso a riconoscere più ampi margini alla libera determinazione individuale rispetto a quanto non offrisse il modello abolizionista, al quale si imputava, da un lato, un certo quale paternalismo moralistico e, dall'altro, la scarsa efficienza nel proteggere sia i *sex workers* che la collettività, avendo relegato la prostituzione ai margini del diritto. In altri termini, la legalizzazione ha coniugato pragmatismo e rivisitazione dei postulati teorici: l'avvertita esigenza di poter più efficacemente controllare la prostituzione non è stata declinata come una rinuncia agli obiettivi ideali, quanto piuttosto come il corollario di una rilettura in senso soggettivistico della dignità. Ammessa in linea di principio la possibilità di scegliere come professione la prostituzione, quest'ultima è stata concepita, tendenzialmente, come una professione «di diritto comune», tale da contemplare i diritti e gli obblighi propri di qualunque occupazione, come il pagamento delle imposte e l'accesso al sistema di sicurezza sociale.

Peraltro, se la libertà di autodeterminazione è stata vista come potenzialmente dispiegabile anche nella scelta di esercitare un *sex work*, allora l'ordinamento è stato chiamato ad assicurare che il *sex work* fosse effettivamente frutto di una libera determinazione, ciò che ha imposto, in primo luogo, una chiara demarcazione dei confini tra prostituzione volontaria e prostituzione involontaria o forzata e, in secondo luogo, l'adozione di strumenti volti ad accertare la volontarietà della scelta operata dal *sex worker*.

È nei Paesi Bassi che il modello neo-regolamentarista si è sviluppato, attraverso un progressivo riconoscimento della realtà fattuale<sup>11</sup>. Nel vigore del sistema abolizionista, già negli anni ottanta del Novecento, la «tolleranza pragmatica» delle autorità aveva consentito lo sviluppo, nell'ambito di determinati quartieri (i cc.dd. *red-light districts*), di attività di meretricio, non ostacolate a patto che non provocassero problemi alla sicurezza ed alla quiete pubblica<sup>12</sup>.

La liberalizzazione *de facto* ha condotto, nell'ottobre 2000, all'abolizione del divieto di apertura di case chiuse, in vigore dal 1911, ed alla sua sostituzione con un regime di autorizzazioni, per mezzo delle quali le autorità in sede locale si vedevano conferite il compito di elaborare *policies* di gestione del fenomeno del *sex work* all'interno del tessuto urbano. A livello nazionale, ci si limitava a definire i principi fondativi del sistema, riassumibili nella enucleazione dei casi di prostituzione non volontaria, nella individuazione della maggiore età come requisito per svolgere legalmente un *sex work*, nella predisposizione di servizi di prevenzione di malattie, fruibili su base volontaria. Quest'ultimo punto, più degli altri, evidenzia la distanza del neo-regolamentarismo dal regolamentarismo tradizionale: preso atto che il *sex work* può avere riflessi sulla salute pubblica, ai *sex workers* si è offerta protezione senza addossare loro lo stigma di essere veicoli di malattie.

Una parabola in buona misura coincidente con quella neerlandese ha caratterizzato la Germania, dove la legalizzazione della prostituzione individuale e delle case chiuse si è avuta a partire dal gennaio 2002, anche se, posto il principio a livello federale, sono poi stati i *Länder* a darvi esecuzione. Ne è derivata una disomogeneità tra la maggioranza dei *Länder*, che ha adottato sistemi prossimi a quello dei Paesi Bassi, ed una minoranza che, invece, ha mantenuto una chiusura nei confronti del riconoscimento della prostituzione come una normale attività commerciale<sup>13</sup>.

Al di là della disomogeneità su base territoriale, l'impianto generale della legge federale, ispirato ad una regolamentazione a maglie larghe e su base essenzialmente volontaristica, è stato criticato, non solo – e non tanto – in ragione della nuova lettura del concetto di dignità (che ha tra l'altro superato quella proposta in una nota decisione del *Bundesverfassungsgericht* sui *peep shows* dei primi anni ottanta<sup>14</sup>), ma anche, e forse soprattutto, per l'inefficacia nel far emergere fenomeni di illegalità<sup>15</sup>.

In risposta a queste critiche, il legislatore federale è nuovamente intervenuto, nel 2016, introducendo, a decorrere dal 2017, significativi irrigidimenti nel sistema, consistenti, tra l'altro, nell'obbligo di registrazione per i *sex workers* autonomi, nella necessità, ai fini della registrazione, di un esame medico, nel regime autorizzatorio per le case chiuse e per gli altri luoghi e/o eventi deputati alla prostituzione, nell'obbligo di avere rapporti sessuali protetti<sup>16</sup>.

L'evoluzione dell'ordinamento tedesco dimostra che, sotto l'etichetta del modello neo-regolamentarista, possono rientrare sistemi tra loro anche molto diversi, a seconda di quanto penetranti siano i controlli e di quanto la prostituzione sia effettivamente riconosciuta come una professione «di diritto comune». L'entità dei requisiti imposti è la variabile fondamentale per cogliere il vero disegno del legislatore rispetto alla prostituzione: in effetti, la regolamentazione può rivelarsi,

<sup>11</sup> Cfr. J. KILVINGTON – S. DAY – H. WARD, *Prostitution Policy in Europe: A Time of Change?*, in *Feminist Review*, n. 67, 2001, spec. 81 ss.

<sup>12</sup> C. BRANTS, *The Fine Art of Regulated Tolerance: Prostitution in Amsterdam*, in *Journal of Law and Society*, 1998, 621 ss.

<sup>13</sup> Cfr. lo studio del Parlamento europeo su *National Legislation on Prostitution and the Trafficking in Women and Children*, IPOL/C/FEMM/ST/2004-05, settembre 2005, p. 38.

<sup>14</sup> La sentenza, resa dal I Senato il 15 dicembre 1981 (BVerwG I C 232.79), è generalmente indicata, insieme con la decisione del *Conseil d'État* francese del 27 ottobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, sul lancio del nano, come espressione di una lettura rigorosamente oggettiva della dignità umana.

<sup>15</sup> Per un atto di accusa particolarmente vigoroso nei confronti del *Prostitutionsgesetz* del 20 dicembre 2001, v. [The "German Model", 17 years after the liberalization of prostitution](#), Speech by Dr. Ingeborg Kraus at the Italian parliament in Rome, 28.05.2018, consultabile sul sito [Trauma and Prostitution](#).

<sup>16</sup> I vincoli introdotti dal *Prostitutionsgesetz* del 21 ottobre 2016 sono stati oggetto di contestazione di fronte al *Bundesverfassungsgericht*, che ha tuttavia dichiarato irricevibili i ricorsi diretti per carenza di motivazione (ordinanza del 26 luglio 2018, I BvR 1534/17).

in concreto, il mezzo per agevolare l'esercizio della prostituzione (garantendo il rispetto di condizioni igienico-sanitarie adeguate ed assicurando la reale volontarietà degli atti di disposizione del proprio corpo)<sup>17</sup>, ma può anche significare, con l'elevarsi dell'incidenza dei requisiti richiesti, una forma di quasi-proibizionismo. Tra le esperienze concretamente invertevoli sul continente europeo, può rilevarsi che la regolamentazione austriaca<sup>18</sup> appare prossima a quella neerlandese e tedesca (prima della riforma del 2017), mentre in altri ordinamenti, come quelli dell'Ungheria e della Lettonia, la legalizzazione della prostituzione ha significato una attenzione particolarmente pronunciata per le esigenze collettive, al punto da collocarsi in una zona grigia tra il modello regolamentarista «storico» e quello di ultima generazione.

#### 4.2. I sistemi improntati alla liberalizzazione.

Parallelamente all'evoluzione in senso neo-regolamentarista conosciuta, a partire dagli anni ottanta, da alcuni Stati europei, in Australia si sono manifestate spinte di analogo tenore, segnatamente nello Stato di Victoria e, successivamente, in quello del Queensland, entrambi caratterizzati dalla rimozione del divieto di istituire case chiuse e dall'introduzione di un regime autorizzatorio (rispettivamente, con il *Prostitution Control Act 1994* e con il *Prostitution Act 1999*).

Al modello neo-regolamentarista il Nuovo Galles del Sud ha contrapposto un approccio basato sulla liberalizzazione della prostituzione. Se la premessa di fondo, e cioè il rafforzamento della libertà di autodeterminazione rispetto alla dignità declinata in senso oggettivo, era comune al modello dello Stato di Victoria, nello Stato di Sidney si sono tratte da questa premessa conseguenze diverse: in luogo di una regolamentazione fondata per lo più sul regime autorizzatorio si è proposta una politica di *laissez-faire*, sulla scorta della quale le autorità locali non potevano impedire l'apertura di case chiuse ed il loro operare, a meno che non emergesse lo svolgimento di attività illecite (ed evidentemente la prostituzione non rientrava tra queste) o la violazione di norme di ordine pubblico: l'orientamento non era dunque quello di un controllo preventivo, ma, piuttosto, di un intervento *ex post* in chiave repressiva delle illegalità che venissero perpetrate.

Questo schema normativo, introdotto con il *Disorderly Houses Amendment Act 1995*<sup>19</sup>, ha costituito il modello di riferimento per il *Prostitution Reform Act 2003*, mediante il quale la liberalizzazione della prostituzione è stata adottata in Nuova Zelanda. Il sistema ivi disegnato contempla il libero esercizio della prostituzione, individualmente o anche in forma associata: è richiesta un'autorizzazione soltanto per l'esercizio in forma associata da parte di più di quattro persone e per chi abbia alle proprie dipendenze uno o più *sex workers*.

Oltre a questa autorizzazione, gli interventi dei pubblici poteri riguardano essenzialmente la tutela dell'ordine pubblico ed alla salvaguardia dei divieti rimasti in vigore, attinenti alla prostituzione minorile, a quella posta in essere da stranieri con permesso temporaneo, alla coercizione allo

<sup>17</sup> Questo approccio è stato avallato anche in seno alle Nazioni Unite, in particolare nel rapporto della [Global Commission on HIV and the Law: Risks, Rights and Health](#), July 2012, spec. 43.

<sup>18</sup> Si noti che l'abbandono del sistema abolizionista in favore di quello neo-regolamentarista è stato sancito principalmente dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte suprema, con il suo passaggio da una proiezione oggettiva della dignità, da cui si deduceva l'immoralità della prostituzione (OGH, 28 giugno 1989, 3 Ob 516/89), ad una visione di tipo soggettivo, la quale, enfatizzando il diritto all'autodeterminazione, ha reso legittimo l'esercizio del meretricio, aprendo ad una diversa interpretazione del diritto vigente, non più orientata alla repressione ma piuttosto alla regolamentazione (OGH, 18 aprile 2012, 3 Ob 45/12g).

<sup>19</sup> La legge ha fatto seguito ad una serie di iniziative legislative che, dal 1979 in poi, si erano succedute per aprire progressivamente ad un superamento del regime repressivo che aveva caratterizzato lo Stato nei decenni precedenti. La legge, però, è stata soprattutto originata dalla avvertita necessità di superare una decisione della *Criminal Court of Appeal* che aveva reintrodotta un sistema di tipo proibizionista (*Sibuse Pty Ltd v Shaw* (1988) 13 NSWLR 98). Per una analisi dell'evoluzione della normativa del Nuovo Galles del Sud in materia di prostituzione, fino alla liberalizzazione, v. S. SMITH, [The Regulation of Prostitution: A Review of Recent Developments, Briefing Paper No. 21/99 del NSW Parliamentary Library Research Service](#), 1 ss.

svolgimento dell'attività, ad alcune forme di adescamento e di pubblicità. Altro ambito, di particolare importanza, è quello relativo alla possibilità di svolgere ispezioni per verificare il rispetto delle norme di igiene e delle prescrizioni relative al sesso sicuro.

Al netto di queste limitazioni, è chiaro che, purché sia posta in essere da una persona adulta in forma volontaria, la prostituzione è concepita, in buona sostanza, come una ordinaria attività di prestazione di servizi su base contrattuale. Essendo il *sex work* pienamente riconosciuto, anche i rapporti di lavoro all'interno di strutture apposite sono soggetti alle regole ed alla giurisdizione proprie della generalità dei rapporti di lavoro.

Questo approccio al fenomeno della prostituzione può essere configurato alla stregua di una radicalizzazione dell'impianto neo-regolamentarista sotto il profilo del riconoscimento della libertà di autodeterminazione. Il suo «radicalismo», del resto, ha dato luogo a forti opposizioni, in Nuova Zelanda, da parte di alcuni settori dell'opinione pubblica e di alcune autorità locali, che hanno tentato, specie attraverso i poteri in materia urbanistica, di limitare l'impatto della liberalizzazione. Nessuna iniziativa volta a modificare le basi legislative del sistema, tuttavia, è riuscita a coagulare sufficienti consensi, mentre le resistenze delle autorità locali hanno avuto effetti tutto sommato marginali.

La forte carica innovativa della legge del 2003 ed i contrasti che avevano accompagnato la sua adozione (avvenuta, non a caso, con un solo voto di maggioranza) avevano consigliato l'istituzione di una commissione che, entro cinque anni dall'entrata in vigore della legge, procedesse ad una valutazione del suo impatto. Gli esiti cui è giunto, nel 2008, il *Prostitution Law Review Committee* sono stati nel senso che nei cinque anni trascorsi, «la *sex industry* non [era] cresciuta in dimensioni e [che] molte delle piaghe sociali preconizzate dagli oppositori [...] non si [erano] registrate»; anzi, nel complesso, la legge è stata ritenuta efficace nell'offrire ai *sex workers* un ambiente di lavoro più protetto, per quanto – per ammissione dello stesso *Committee* – molto restasse ancora da fare<sup>20</sup>.

In termini generali, e per quanto qui specificamente rileva, non può non sottolinearsi, comunque, che, malgrado l'impatto ritenuto complessivamente positivo della politica di liberalizzazione, questo modello non ha conosciuto, almeno al momento, una circolazione significativa, finendo per essere, più che un modello vero e proprio, una sorta di eccezione nel panorama comparatistico.

#### 4.3. Il modello «neo-abolizionista».

Nel modello abolizionista classico, come si è accennato, la prostituzione non viene sanzionata in quanto tale, giacché la reazione ordinamentale si attiva solo in casi di adescamento illecito oppure di intermediazione, di sfruttamento da parte di terzi, di coercizione, etc. In quest'ottica, sono ovviamente vietate forme di prostituzione organizzate, come ad esempio la presenza di case chiuse. Se l'attività di meretricio, in sé e per sé, non è sanzionata, ciò non significa che l'ordinamento la riconosca: trattasi, infatti, di condotte che sono meramente tollerate, fermo restando il generale disvalore sociale che le connota. Un disvalore che, non di rado, si traduce nell'introduzione di sanzioni (amministrative) incidenti, di fatto, anche sulle forme più comuni di prostituzione (si pensi, solo per fare un esempio, alla previsione di una sanzione per la consumazione dell'attività di prostituzione sulla pubblica via). Questo modello oscilla dunque, nelle sue realizzazioni concrete, tra l'accentuazione del profilo della libertà e l'avvicinamento a forme anodine di proibizionismo.

In un quadro che è inevitabilmente piuttosto composito, si è di recente sviluppata una variante tesa a mettere in luce un elemento fondativo dell'abolizionismo, traendo da esso, sul piano giuridico, quelle conseguenze che, nell'abolizionismo classico, sono rimaste per lo più confinate al piano morale. L'idea che il *sex worker* sia tale, nella stragrande maggioranza dei casi, per costrizione, diretta o indiretta, ha aperto la strada ad una sua vittimizzazione, che, nel modello c.d. «neo-abolizionista», si è tradotta nella criminalizzazione di *tutti* coloro che della debolezza del *sex worker* si giovano: non

---

<sup>20</sup> NEW ZEALAND GOVERNMENT, *Report of the Prostitution Law Review Committee on the Operation of the Prostitution Reform Act 2003*, Wellington 2008, 168.

solo, come nell'abolizionismo classico, chi induca alla prostituzione o chi ne tragga profitto, ma anche gli stessi clienti, sull'assunto che anche il mero fatto di fruire di prestazioni sessuali dietro corrispettivo sia un modo per contribuire al perpetuarsi di situazioni di sfruttamento e di svilimento della dignità personale.

Se i due modelli «nuovi» cui si è fatto riferimento nei paragrafi precedenti propongono una declinazione del concetto di dignità in senso soggettivo, il modello neo-abolizionista conferma, ed anzi rafforza nelle sue implicazioni, la lettura in senso oggettivo, operando la scelta ideologica di vittimizzazione del *sex worker*. È proprio questa scelta che distingue questo modello da quello proibizionista, che pure rifiuta in radice la prostituzione, e non si limita a tollerarla, disconoscendo ad essa rilevanza giuridica nei rapporti *sex worker*/cliente. Per certi versi, il neo-abolizionismo rappresenta una crasi tra l'impostazione teorica dell'abolizionismo (il rifiuto di condannare il *sex worker*) e gli strumenti repressivi del proibizionismo (con l'eccezione, ovviamente, di quelli rivolti verso il *sex worker*)<sup>21</sup>.

Una tale impostazione è stata proposta, per la prima volta, in Svezia<sup>22</sup>, dove nel 1998 è stato adottato il c.d. *Sexköpslagen* (la legge sull'acquisto di servizi sessuali), entrato in vigore nel gennaio 1999<sup>23</sup>.

I risultati che questa soluzione ha raggiunto in termini di lotta contro la prostituzione sono stati fatti oggetto di ampio dibattito, in Svezia ed all'estero, specie a seguito della pubblicazione, nel 2010, del rapporto di valutazione dell'impatto della legge, ritenuto dal Governo svedese ampiamente positivo, in termini di contenimento (se non di riduzione) del fenomeno della prostituzione<sup>24</sup>. Nonostante la difficoltà di confermare in sede scientifica le prospettazioni dello studio condotto, il modello neo-abolizionista è andato riscuotendo, nell'ultimo decennio, un crescente successo, certificato dal sostegno dimostrato sia dal Parlamento europeo<sup>25</sup> che dal Consiglio d'Europa<sup>26</sup>, i quali, nel 2014, ne hanno entrambi caldeggiato l'adozione da parte dei paesi membri delle rispettive organizzazioni sovranazionali. Ed in effetti, se dapprima la soluzione svedese è stata esportata ad altri paesi nordici, quali la Norvegia (2008) e l'Islanda (2009), negli ultimi anni la sua circolazione ha raggiunto l'Irlanda del Nord (2015), la Francia (2016<sup>27</sup>) e l'Irlanda (2017), nonché, oltreoceano, il Canada (2014<sup>28</sup>).

<sup>21</sup> I collegamenti tra neo-abolizionismo e proibizionismo sono resi evidenti dalla denominazione di «neo-proibizionismo» che una parte minoritaria della dottrina (v., ad es., D. DANNA, *op. cit.*, 16) dà al modello ora in discorso.

<sup>22</sup> A ciò si deve, evidentemente, il fatto che il neo-abolizionismo sia sovente indicato con la denominazione di «modello svedese» o «modello nordico».

<sup>23</sup> V. J. KILVINGTON – S. DAY – H. WARD, *op. cit.*, 82 ss.

<sup>24</sup> Cfr. [Selected extracts of the Swedish government report SOU 2010:49—The Ban against the Purchase of Sexual Services. An evaluation 1999-2008](#). Tra i critici della posizione governativa, v. J. LEVY, [Impacts of the Swedish Criminalisation of the Purchase of Sex on Sex Workers](#), Paper presented at the British Society of Criminology Annual Conference, Northumbria University, 4th July 2011; A. JORDAN, [The Swedish Law to Criminalise Clients: A Failed Experiment in Social Engineering, in American University Washington College of Law – Issue Paper 4](#), April 2012.

<sup>25</sup> [Risoluzione del Parlamento europeo del 26 febbraio 2014 su sfruttamento sessuale e prostituzione, e sulle loro conseguenze per la parità di genere \(2013/2103\(INI\)\)](#), spec. punto 29.

<sup>26</sup> COUNCIL OF EUROPE – PARLIAMENTARY ASSEMBLY, [Resolution 1983 \(2014\): Prostitution, trafficking and modern slavery in Europe](#), 8 April 2014, in part. punto 12.1.1.

<sup>27</sup> Il sistema neo-abolizionista, introdotto dalla legge n. 2016-444 del 13 aprile 2016, è stato di recente contestato di fronte al *Conseil constitutionnel*, il quale, nella decisione n. [2018-761 QPC](#) del 1° febbraio 2019, *Association Médecins du monde et autres*, ha confermato la compatibilità con la Costituzione della criminalizzazione dei clienti dei *sex workers*, rilevando che «il legislatore ha assicurato una conciliazione che non è manifestamente squilibrata tra, da un lato, l'obiettivo di valore costituzionale di salvaguardia dell'ordine pubblico e di prevenzione dei reati e la salvaguardia della dignità della persona umana e, dall'altro, la libertà personale» (par. 13).

<sup>28</sup> L'opzione in favore del neo-abolizionismo è stata operata con il *Protection of Communities and Exploited Persons Act, 2014* (c. 25), che ha rappresentato una esplicita risposta alla decisione della Corte suprema sul caso *Canada (AG) v Bedford*, [2013] 3 SCR 1101, con cui si era dichiarata l'incostituzionalità di varie disposizioni incriminatrici legate alla prostituzione, dilazionando però gli effetti della pronuncia di un anno, onde lasciare al Parlamento il tempo di intervenire. Contrariamente a quanto suggerito dalla decisione, dalla quale si traevano forti argomenti a favore di un sistema neo-

### 5. Appunti conclusivi

Il panorama comparatistico che è stato sin qui tratteggiato, sia pure in maniera molto superficiale e lacunosa, offre alcune indicazioni che non sono forse prive di un qualche interesse.

Innanzitutto, deve riconoscersi l'evidenza che il generale impegno per il contenimento e la riduzione del fenomeno della prostituzione viene perseguito in forme estremamente variegata.

Se, per un certo periodo, la bipolarizzazione delle risposte ordinamentali non impediva la sussistenza di una tendenziale omogeneità (con qualche limitata eccezione) a livello di principi ispiratori, il frastagliarsi delle soluzioni cui si è assistito negli ultimi decenni è stato complicato dall'emersione di letture profondamente diverse dei presupposti teorici che guidano l'impegno contro la prostituzione, e che inevitabilmente connotano anche gli obiettivi: adottando, infatti, una visione oggettiva della dignità umana, il fine perseguito dall'ordinamento non può che essere quello della eliminazione della prostituzione; viceversa, una soggettivizzazione della dignità umana fa sì che lo scopo da raggiungere diventi quello dell'eliminazione delle forme di prostituzione che non siano volontarie.

Tra l'una e l'altra impostazione, la scelta è di matrice ideologica, ma a guidare l'azione dei pubblici poteri sembrano essere, piuttosto, considerazioni essenzialmente pragmatiche: attesa l'estrema difficoltà di poter immaginare una eradicazione della prostituzione, le opzioni ideali tendono a scolorirsi nella valutazione della maggiore o minore efficacia delle soluzioni adottate al fine di limitare (almeno) le forme più odiose di sfruttamento. Al punto che non può escludersi che si operino anomali bilanciamenti tra le ragioni di principio, da un lato, e quelle concrete, dall'altro, finendo per accettare di sacrificare le prime in favore delle seconde. Altrimenti detto, se, ad esempio, la regolamentazione (nelle sue varie declinazioni) può essere vista come una forma di abdicazione rispetto ad un ideale di protezione, può però essere accettata in nome di un maggiore controllo derivante da una emersione di fenomeni altrimenti destinati a restare sommersi; per converso, se dell'abolizionismo e del proibizionismo può riconoscersi l'alta valenza etica, può però contestarsi la difficoltà nel rispondere a comportamenti antiggiuridici.

Le considerazioni da ultimo formulate corrispondono ad una *communis opinio*, o forse meglio ad una *vulgata*, in riferimento alla quale il giurista si trova però privo di argomenti, giacché la verifica empirica circa la fondatezza dell'una o dell'altra affermazione compete essenzialmente ad altri scienziati sociali (ai sociologi, in primo luogo). Al giurista spetta, semmai, valutare se e quanto i differenti modelli siano compatibili con determinati principi fondativi degli ordinamenti ispirati al costituzionalismo. In quest'ottica, la comparazione gioca un ruolo di primaria importanza, proprio in conseguenza della netta divaricazione delle soluzioni elaborate nel corso del tempo, una divaricazione che impone, oggi ancor più che in passato, di svolgere analisi riferite, non soltanto ai principi fondamentali dei singoli ordinamenti, ma anche a principi (il rispetto della dignità umana, *in primis*) connotati da una chiara vocazione transnazionale.

L'obiettivo di queste pagine non poteva certo essere quello di affrontare in maniera approfondita tematiche di tale portata. Gli elementi emersi nella presente indagine, con l'individuazione dei modelli di disciplina, devono considerarsi, al più, come un semplice orientamento di massima per lo svolgimento di analisi approfondite su una tematica resa complessa dal compenetrarsi di molteplici esigenze e sfaccettature. Una tematica che, per il suo impatto sociale e per le implicazioni che ha sui principi, merita, probabilmente, una particolare attenzione da parte della scienza giuridica.

---

regolamentarista, se non addirittura improntato alla liberalizzazione, gli organi politici canadesi hanno ritenuto di mantenere un regime fondato su una concezione oggettiva della dignità umana.

Vincenzo Sciarabba

## La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisprudenza costituzionale precedente alla [sentenza n. 269 del 2017](#). – 3. La [sentenza n. 269](#): ragioni di fondo, questioni problematiche e prospettive. – 4. Chiarimenti e precisazioni sul ruolo della Carta (e dei suoi “utilizzatori”) nella giurisprudenza più recente. – 5. Conclusioni.

## 1. Premessa

Si è anticipato come le riflessioni di Antonio Ruggeri in tema di “tutela multilivello dei diritti”, integrazione europea, giustizia (in senso lato) costituzionale e rapporti tra fonti e corti nazionali e sovranazionali abbiano assunto, per la loro qualità e quantità, un ruolo assolutamente centrale nel dibattito scientifico, diventando un immancabile punto di riferimento – al limite quale “bersaglio polemico”, come nel caso dell’avvincente tenzone dialettica con Roberto Bin – per tutti coloro che si occupino di tali tematiche.

Anche il tema che va ora affrontandosi ricade tra quelli in riferimento ai quali non sono mancate le occasioni di proficuo confronto, in varie forme, col Professore (in virtù pure di quella sua stupefacente, generosa disponibilità al dialogo di cui si diceva e che si è avuto modo di sperimentare), e questo è uno dei motivi della sua scelta (sugli altri non serve dilungarsi).

Si precisa che non ci si occuperà del ruolo che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in seguito: la Carta) svolge o non svolge in sede politica, e in specie nell'ambito del procedimento legislativo, a livello eurounitario<sup>1</sup> e a livello nazionale, né ci si occuperà del ruolo che la Carta svolge e in generale del modo in cui essa è utilizzata ed è presente nella giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>2</sup>, in quella della Corte di Strasburgo<sup>3</sup> e in quella dei giudici comuni<sup>4</sup>.

Ci si occuperà invece, esclusivamente, del modo in cui la Carta è presente nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Ovviamente, in tal modo si finirà comunque a parlare – proprio *in ragione del contenuto delle sentenze della Corte costituzionale* – anche del ruolo dei giudici comuni e dei rapporti tra questi, la Consulta e la Corte di giustizia in riferimento all'uso, o meglio agli usi, della Carta. Ma, appunto, si farà ciò avendo riguardo (solamente) *al punto di vista* della Consulta; i giudici comuni saranno cioè guardati, per così dire, come “oggetti” e non come “soggetti” del discorso<sup>5</sup>.

---

\* Il lavoro, destinato agli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, è stato pensato congiuntamente a quello di Lara Trucco, [Antonio Ruggeri e la tensione inappagabile verso la Corte e le Carte](#), in ragione del comune sentimento di affettuosa stima nei Suoi confronti. Si è scelto pertanto di concentrare l'attenzione su temi del Nostro che si sono ritenuti particolarmente significativi, prendendo spunto, in questo contributo, dagli innumerevoli studi pubblicati in questa [Rivista](#) ed indagando, nell'altro, sull'uso della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte del nostro Giudice costituzionale. Dove, in entrambi, la cifra caratterizzante è un dialogo sempre aperto e continuo col Giudice delle leggi.

<sup>1</sup> Invero, sotto questo profilo, alcune interessanti osservazioni, anche alla luce di una non brevissima esperienza presso il Parlamento europeo, potrebbero farsi. Ma in altra sede.

<sup>2</sup> Significativi cenni, in proposito, in L. TRUCCO, [supra](#) (della stessa v. anche, più ampiamente, la monografia *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino 2013 e gli aggiornamenti pubblicati questa [Rivista](#)).

<sup>3</sup> Su questo P. COSTANZO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri e A. Saitta, Torino 2016 e in questa [Rivista, Studi, 2016/I](#), 10 e ss.

<sup>4</sup> Tra gli altri, R. CONTI, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione da parte della Corte di Cassazione*, *ivi*.

<sup>5</sup> Dipenderà poi dal rilievo che si ritiene corretto riconoscere alle varie indicazioni teoriche e operative della Corte costituzionale l'ampiezza dell'area, complementare (salva la possibilità, da verificare ma per certi versi già suggerita dalla realtà, di immaginare anche un'area di sovrapposizione/intersezione dialogica), in cui riconoscere un qualche legittimo, e non puramente fattuale, rilievo alle *eventualmente divergenti prese di posizione dei giudici comuni*, Corte di Cassazione *in primis* (e naturalmente, *mutatis mutandis*, della Corte di Lussemburgo).

Senza addentrarsi in questioni così delicate, ci si può qui limitare ad auspicare che ogni riflessione in proposito (in sede scientifica e pratica) sia guidata primariamente dai seguenti tre intendimenti (in ordine non casuale): aumentare la *consapevolezza dei rispettivi ruoli* e quindi il rispetto dei medesimi; favorire, specie in presenza di incertezze e tensioni

Ciò detto, questa parte del contributo sarà divisa in tre sezioni: nella prima si ripercorrerà rapidamente la giurisprudenza costituzionale precedente alla [sentenza n. 269/2017](#), vero punto di svolta in materia; la seconda sarà dedicata appunto alla [sent. n. 269](#), alle più evidenti ragioni di fondo della svolta e alle questioni problematiche sollevate o lasciate aperte da tale decisione; infine, ci si soffermerà su alcune decisioni più recenti che hanno precisato e in parte ritoccato il quadro tratteggiato dalla [sent. 269](#), e che aiutano a comprendere meglio il ruolo che la Carta può svolgere nell'ambito del giudizio accentrato di legittimità costituzionale.

## 2. La giurisprudenza costituzionale precedente alla [sentenza n. 269 del 2017](#)

Circa la giurisprudenza precedente alla “svolta” del 2017, può qui bastare qualche cenno molto sintetico e selettivo, appoggiandosi a ricerche precedenti<sup>6</sup>.

Sono oltre cento – nell'arco di circa 15 anni – le decisioni in cui è presente un qualche tipo di riferimento, a seconda del periodo, al testo “di Nizza” (cioè alla versione originaria elaborata dalla “prima Convenzione” e “proclamata” appunto a Nizza nel 2000), oppure anche alla Carta (ritoccata dalla “seconda Convenzione” e) “incorporata” come seconda parte del “Trattato costituzionale”, approvato nel 2004 ma mai entrato in vigore per le note ragioni<sup>7</sup>, o infine alla Carta riapprovata a Strasburgo nel 2007 (mantenendo i ritocchi introdotti nel 2004), richiamata nell'art. 6, par. 1 del TUE come riformulato ad opera del Trattato di Lisbona e, per effetto di questo, entrata in vigore, con lo «stesso valore giuridico dei trattati», il 1 dicembre 2009.

Nella stragrande maggioranza dei casi (circa il 90%), contrariamente a quanto si sarebbe forse potuto immaginare, i riferimenti alla Carta si trovano in decisioni (grossomodo in egual misura di rigetto, di accoglimento e di inammissibilità) rese nell'ambito di giudizi in via incidentale.

In molti casi (oltre 40), la Carta è citata solo nella parte in fatto della motivazione (in quanto richiamata dal rimettente o ricorrente e/o da qualcuna delle parti intervenute).

In un numero di casi appena inferiore (e solo a partire dal 2009) essa compare sia nella parte in fatto sia nella parte in diritto (questi sono in genere i casi in cui il suo uso è più significativo da un punto di vista “qualitativo”: v. oltre).

In oltre 20 casi (distribuiti su tutto il periodo considerato), la Carta – e questo è un dato di particolare interesse – “appare” solo nella parte in diritto della motivazione, in virtù evidentemente di una scelta autonoma della Corte costituzionale.

Ciò, del resto, è quanto era avvenuto già nella prima occasione ([sent. n. 135/2002](#)) in cui la Corte ha citato la Carta, richiamandola, «ancorché priva di efficacia giuridica, per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei», così contribuendo, come è stato osservato, ad aumentare la visibilità e il credito della Carta anche agli occhi degli stessi giudici comuni, in vista di quella sorta di “sdoganamento giurisprudenziale” del testo di Nizza di cui si è ragionato.

---

quanto al primo aspetto, le *soluzioni più condivise* o condivisibili; preservare il ruolo preziosissimo della Corte costituzionale, sempre prestando, però, la massima attenzione al ruolo nonché, in quanto rilevanti, alle aspettative e agli interessi, di *tutti gli altri soggetti* – giurisdizionali e in genere istituzionali, ma anche *privati!* – direttamente o indirettamente coinvolti.

<sup>6</sup> Principalmente, si farà qui riferimento all'indagine di L. TRUCCO, [L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale \(2000-2015\)](#), in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte*, cit., ed in questa [Rivista, Studi, 2016/I](#), 51 e ss.; nonché alla ricerca del Servizio Studi della Corte costituzionale (a cura di R. Nevola), [La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'interpretazione delle sue clausole finali nella giurisprudenza costituzionale](#), giugno 2017.

<sup>7</sup> Le decisioni collocabili in questa prima fase dell'esistenza della Carta (compresa tra la fine del 2000 e la fine del 2009) sono 23: un numero significativo considerando che si trattava di un testo formalmente privo di valore normativo e che la Corte tendeva in quegli anni (come pure in quelli successivi, fino al 2017) a “tenersi lontana” dal diritto comunitario/eurounitario. Il fatto che, come si dirà, la Corte abbia fatto spesso riferimento alla Carta *motu proprio*, in assenza cioè di riferimenti ad essa negli atti di promovimento del suo giudizio, rafforza tale positiva valutazione.



Può notarsi come questo tipo di approccio alla Carta si sia radicato<sup>8</sup> e abbia avvalorato l'idea<sup>9</sup> che, almeno con riferimento alle tradizioni costituzionali, la Carta potesse già svolgere un ruolo di tipo sostanzialmente “probatorio” che fosse allo stesso tempo *autonomo e rispettoso della realtà giuridica progressa* (quantomeno ragionando in termini di “presunzioni relative”, e non assolute)<sup>10</sup>.

Quanto poi all'utilizzo (in senso molto lato: v. poco oltre) delle varie parti della Carta, emerge come particolare “successo” abbiano avuto alcuni articoli (soprattutto il 47 e il 49, entrambi citati in una ventina di decisioni) in materia processuale e penale, e gli articoli 20 e 21 in tema di eguaglianza e non discriminazione, ma anche gli artt. 3, 7, 9 e 24; mentre, all'estremo opposto, non poche disposizioni sono rimaste del tutto prive di richiami. Sarebbe istruttivo riflettere sulle ragioni di un simile squilibrio (anche in relazione a quanto si è appena detto circa il ruolo inizialmente attribuito alla Carta e a quello che sta diventando il suo ruolo effettivo), ma non lo si può fare in queste pagine.

Piuttosto, è opportuno dire qualcosa sui diversi *modi* di utilizzo (o non utilizzo) della Carta nelle parecchie decine di decisioni in cui essa è stata richiamata fino al 2017, sia prima sia dopo la sua entrata in vigore nel 2009.

Come anticipato, in molti casi i richiami (non di rado generici o incongrui) sono presenti solo nella parte in fatto della motivazione<sup>11</sup>; ma in molti altri (più della metà), come pure si è detto, riferimenti alla Carta si rinvengono *anche o solo* nella motivazione in diritto.

In quest'ultimo caso (riferimenti presenti *solo* nella parte in diritto), si è trattato per lo più, come è stato ben messo in luce<sup>12</sup>, di richiami – effettuati di propria iniziativa dal giudice costituzionale – volti non tanto a estendere il parametro quanto piuttosto a rafforzare, supportare e/o in qualche caso guidare l'utilizzo del parametro interno (e/o convenzionale) prescelto dalle parti, ed in genere l'argomentazione sviluppata, sia “in positivo”, nel senso dell'accoglimento della questione, sia “in negativo”, nel senso del rigetto o della dichiarazione di inammissibilità della medesima.

Da notare che queste forme di utilizzo della Carta, sviluppate nel periodo precedente alla sua entrata in vigore, non sono state soppiantate ma solo affiancate dalle altre più recenti forme di utilizzo, rinvenibili essenzialmente in (alcune decine di) decisioni successive al Trattato di Lisbona e nelle quali la Carta è richiamata sia nella parte in fatto sia nella parte in diritto della motivazione<sup>13</sup>.

In molti di questi casi – prevalentemente riconducibili, si vuol ricordare, a giudizi in via incidentale – la Carta ha svolto un (o comunque è stata presa in considerazione nel suo potenziale) ruolo “parametrico”, in senso più o meno lato. Nell'impossibilità di rendere sensatamente conto in poche righe di tale (variegato) tipo di utilizzo, si rinvia integralmente alle ricerche precedentemente citate; si può qui però evidenziare, anche in vista di quanto si dirà oltre, come non siano emersi «criteri generali che orientino la Corte nella scelta dell'ordine di esame dei parametri e, in particolare, nella

<sup>8</sup> Basti ricordare che nella nota sent. n. 349/2007 la Carta è stata definita un testo «formalmente ancora privo di valore giuridico» (e già l'aggiunta dell'avverbio pare significativa), ma «di riconosciuto rilievo interpretativo». Sulla stessa linea altre decisioni.

<sup>9</sup> Idonea non a confutare ma a ridimensionare una perspicua (e però, appunto, non “paralizzante”) osservazione di A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *Giur.cost.*, 1/2001, 196 (a sua volta finalizzata a “smontare” quella sorta di “argomento della riaffermazione” che giustificava l'applicabilità della Carta di Nizza facendo perno sull'art. 6 del TUE e sulla funzione attribuita alla Carta dal “mandato di Colonia” e ribadita nel Preambolo), secondo cui «delle due l'una: o si applica la Carta nel testo rielaborato delle “vecchie fonti”, e allora non si applicano queste; oppure si applicano le “vecchie” fonti, ma allora il richiamo alla Carta non solo è inutile, ma addirittura inesatto».

<sup>10</sup> L'idea, già circolante, è sviluppata nel nostro *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova 2008, 150. Che con la Carta si fosse prodotta «una sorta di inversione dell'onere della prova» quanto all'esistenza e ai contorni dei diritti in essa sanciti era stato affermato da S. RODOTÀ, *Introduzione*, in AA.VV., *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, a cura di A. Celotto, Torino 2004, 3.

<sup>11</sup> A testimonianza, se non altro, delle “aspettative” che andavano coagulandosi intorno al testo di Nizza.

<sup>12</sup> L. TRUCCO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, cit., ove si ragiona, a seconda dei casi (e con varie sfumature e intrecci), di uso “citazionista”, “*ad adiuvandum in abundantiam*”, “*ad definiendum*”, “interpretativo *ad abundantiam*”.

<sup>13</sup> Non mancano, si deve tristemente notare, casi di “confusione” da parte del rimettente tra Carta e CEDU (dalla [sent. n. 271/2010](#) emerge come a “confondersi” sia stato addirittura il TAR del Lazio).

scelta di attribuire priorità logico-giuridica alla denunciata violazione del parametro sovranazionale o a quella del parametro interno», riscontrandosi piuttosto «un uso spesso cumulativo dei due parametri che culmina in declaratorie, anche di merito, rese in riferimento ad entrambi, non sempre precedute da un'esplicita disamina dei profili competenziali»<sup>14</sup>.

Tirando le fila, si può rilevare, in prima battuta, l'apprezzabile apertura del giudice costituzionale verso la Carta, alla quale è stato riconosciuto, in termini sia quantitativi che qualitativi, un ruolo complessivamente significativo, specie avendo riguardo, da un lato, al particolare *status* del testo di Nizza nei primi 9 anni della sua esistenza e, dall'altro (ecco il punto cruciale, che ci introduce alla seconda parte della trattazione), ai tradizionali capisaldi che hanno governato, fino al 2017 (pur dopo le svolte del 2008 e soprattutto del 2013 quanto alla possibilità di rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale), il “regime operativo” di *tutto* il diritto comunitario/eurounitario nei suoi rapporti con il diritto interno, e, conseguentemente, il riparto di compiti tra giudici comuni e Consulta.

Non si può infatti fare a meno di notare, in seconda battuta (e spostando il discorso sulla tematica più generale di nostro interesse), che anche nei casi in cui la Carta è stata maggiormente valorizzata, ciò è stato possibile (non tanto tramite forzature, ma comunque) sfruttando i pochi spazi d'azione lasciati liberi da tale tradizionale regime operativo, quale delineato nella notissima [sent. n. 170/1984](#) e precisato (ma mai rimesso in discussione, fino al 2017) in successive decisioni<sup>15</sup>.

Ancora pochi mesi prima della [sent. n. 269/2017](#), in effetti, la Corte, nella ord. n. 48 dello stesso anno, affermava che «la non applicazione [di norme interne inconciliabili con norme dell'Unione provviste di efficacia diretta] deve essere evitata *solo* quando venga in rilievo il *limite* – sindacabile unicamente da questa Corte – del rispetto *dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona*»; riteneva irrilevanti le preoccupazioni del rimettente, ad avviso del quale, «ai fini della certezza del diritto e della sua applicazione», la normativa interna (potenzialmente dis)applicabile nel caso di specie avrebbe dovuto «essere “necessariamente e preliminarmente” sottoposta a vaglio di legittimità costituzionale», dal momento che «solo la dichiarazione di illegittimità costituzionale [ne] determinerebbe la “formale espunzione dal corpus delle leggi” [...], evitando che continui ad essere applicata da chi nutra una diversa opinione»; e ribadiva con cruda nettezza «che l'asserita pregiudizialità dell'incidente di legittimità costituzionale rispetto alla verifica della compatibilità con il diritto dell'Unione è [...] insostenibile, essendo valida [...] la proposizione esattamente contraria», tale conclusione non mutando per «la dedotta possibilità che altri giudici, o magistrati del pubblico ministero, disconoscano l'esistenza di quel contrasto e continuino, quindi, ad applicare la normativa in esame»<sup>16</sup>.

### 3. La [sentenza n. 269](#): ragioni di fondo, questioni problematiche e prospettive

Una simile impostazione, come da anni si era tentato di evidenziare in dottrina<sup>17</sup>, risultava in prospettiva futura molto problematica, per motivi che è qui utile ricordare al precipuo scopo di “inquadrare” la [sentenza n. 269/2017](#) e coglierne le ragioni e le problematiche di fondo.

In particolare, si era notato che, mentre ci si era ampiamente soffermati in giurisprudenza e in dottrina (talora in modo forzato) sul tema della disapplicazione di norme interne per contrasto *con la*

<sup>14</sup> Servizio Studi della Corte costituzionale, [La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'interpretazione delle sue clausole finali nella giurisprudenza costituzionale](#), cit., 32.

<sup>15</sup> Tra le quali, in particolare, l'[ord. n. 536/1995](#).

<sup>16</sup> E, nella [sent. n. 111/2017](#), la Corte dichiarava inammissibili alcuni questioni per aver il rimettente prospettato il contrasto con norme europolitane, «alcune delle quali sicuramente provviste di efficacia diretta», risultando perciò «superflua l'evocazione del contrasto con i parametri costituzionali»: la «non applicazione delle disposizioni di diritto interno», ribadiva la Corte, «rientra [...] tra gli *obblighi* del giudice nazionale, *vincolato* all'osservanza del diritto dell'Unione europea e *alla garanzia dei diritti che lo stesso ha generato*, con il solo limite»... dei c.d. “controlimiti” (corsivi aggiunti, qui come altrove in assenza di diverse indicazioni).

<sup>17</sup> Da parte di scrive e da parte di alcuni altri ben più autorevoli studiosi, tra cui gli attuali giudici della Corte costituzionale Cartabia e Barbera.

CEDU, poca attenzione era stata rivolta alla esplicita ed immediata attribuzione di valore giuridico alla Carta, con le conseguenze che ciò comportava e comporta: ad iniziare – con le precisazioni e cautele del caso – proprio da quel potere/dovere di non applicazione del diritto interno contrastante che si era più volte tentato di far entrare, o di respingere, “dalla finestra”, in riferimento alla CEDU, ma che sembrava ora inesorabilmente destinato a entrare “dalla porta”, in riferimento alla Carta.

Ebbene, in disparte la cruciale tematica dei presupposti e dei limiti dell’applicazione della Carta e concentrando l’attenzione sulla questione di fondo, si era condivisa e rilanciata l’osservazione secondo cui «[l]’inclusione della Carta di Nizza, e, in prospettiva, della CEDU, nell’ambito materiale del diritto dell’Unione costituisce il più insidioso attacco che la giurisdizione costituzionale abbia mai dovuto fronteggiare»<sup>18</sup>.

Il motivo per cui questa valutazione (che ci permette, come si accennava, di contestualizzare e comprendere meglio la [sent. n. 269](#)) era parsa “centrata” e di massimo rilievo risiedeva nel timore<sup>19</sup> che si sviluppasse – in virtù del “corto circuito” tra il già operante principio di immediata prevalenza del diritto comunitario/eurounitario (con conseguente obbligo di non applicazione del diritto interno contrastante) e la peculiarità dei contenuti del testo di Nizza (assimilabili a grandi linee a quelli della prima parte della nostra Costituzione) – una sorta di “sindacato diffuso”, in riferimento alla Carta, che sarebbe andato progressivamente a sostituire il sindacato accentrato svolto, in riferimento alla Costituzione, dalla Corte costituzionale<sup>20</sup>.

In parallelo, si era segnalata la prospettiva di una (ulteriore) parziale trasformazione nello stesso ruolo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che sarebbe andato ad assomigliare sempre più ad un “incidente di costituzionalità” sotto diverso nome (e diverso giudice: anche in questo caso – tenuto conto della tendenziale corrispondenza contenutistica dei parametri sullo sfondo – con effetti di “scavalco” del giudice costituzionale “interno” e della Costituzione nazionale)<sup>21</sup>.

A fronte di uno scenario di questo tipo, era parso necessario cercare di immaginare degli accorgimenti che consentissero di salvaguardare il fondamentale ruolo della Corte costituzionale, preservando il legame operativo tra questa e i giudici comuni.

In sostanza, l’idea (che, come vedremo, sta ora progressivamente prendendo piede anche nella giurisprudenza costituzionale) era quella «di rigettare sia quel *modello “diffuso/euro-accentrato”* di giustizia costituzionale che si profila[va] all’orizzonte, imperniato sul rapporto privilegiato e in prospettiva futura pressoché *esclusivo* tra *giudice comune e Corte di giustizia*, sia il *modello tradizionale di giustizia costituzionale nazionale accentrata*, imperniato sul rapporto altrettanto *esclusivo*, in tema di diritti fondamentali, *tra giudice comune e Corte costituzionale*»: sembrava cioè necessario, «per dirla in modo vagamente colorito, fare di necessità virtù e rassegnarsi tutti (giudici comuni, Corte costituzionale, Corte di Lussemburgo) al “triangolo”, attraverso alcuni *epocali ma circoscritti “aggiustamenti” giurisprudenziali* (epocale essendo del resto la piena entrata in vigore della Carta di Nizza e il progressivo “farsi strada” di tale testo nella prassi) da parte di tutti i soggetti coinvolti»<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> M. BIGNAMI, [Costituzione. Carta di Nizza. Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali](#), in [Rivista AIC](#), 1/2011, 26 gennaio 2011, 18.

<sup>19</sup> Che personalmente si era iniziato a nutrire e manifestare già da tempo.

<sup>20</sup> Così ci si era espressi in [Tra Fonti e Corti](#), cit., 359. La possibilità che «la non applicazione trasmod[i] in una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge» in riferimento alla Carta è ora espressamente richiamata nella [sent. n. 269/2017](#).

<sup>21</sup> *Ibidem*. V. anche, in proposito, V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano 2008, 47 ss., R. ROMBOLI, [Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo](#), in [Rivista AIC](#), 3/2014, 12 settembre 2014, spec. 30 ss., e M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in AA.VV., *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli 2006, spec. 119 ss.

<sup>22</sup> Questa la “proposta” formulata e illustrata (v. subito oltre) nella relazione *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, Venezia, 8 aprile 2011, in AA.VV., *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo: il giudice alla ricerca della soluzione*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Bari 2012, 109 ss., nonché in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) e in [Europeanrights.eu](#), 2011.

Ciò che si auspicava, più precisamente, era che la Corte costituzionale rivedesse ed allentasse i suoi tradizionali indirizzi restrittivi in tema di (ir)rilevanza e (in)ammissibilità delle questioni anche solo in parte collegate a “parametri comunitari” (oggi eurounitari), «così da poter riaccentrare – o meglio, per così dire, *accettare* per parte propria *di riaccentrare*<sup>23</sup> – *in prima battuta*<sup>24</sup> presso di sé *tutte le questioni relative ai diritti fondamentali* (o quantomeno, in una diversa e leggermente più sofisticata “sottospecie” del modello, *tutte quelle questioni relative ai bilanciamenti/contemperamenti/conflitti tra diritti fondamentali*<sup>25</sup>), e ciò anche laddove tali questioni coinvolgano (come è e sarà sempre più frequente) profili di rilievo eurounitario e siano invocati articoli della Carta; tutto questo con la “tolleranza”, s’intende, della Corte di giustizia, che potrebbe a sua volta raccogliere e sviluppare – per giustificare tale allontanamento dalle rigidità e dagli automatismi della giurisprudenza Simmenthal (risalente a un contesto ben diverso dall’attuale) – le proprie aperture a partire dal [caso Melki](#) (relativo alla disciplina francese della questione prioritaria di costituzionalità), e che verrebbe per così dire “contraccambiata” dalla disponibilità che la Corte costituzionale dovrebbe a questo punto coerentemente mostrare a sollevare *essa*, all’occorrenza, questioni pregiudiziali (anche nei giudizi in via incidentale), onde garantire il pieno rispetto (anche) dei vincoli eurounitari», diventando così «pienamente parte (parte “attiva”) del “circuito di giustizia costituzionale europea”», e «ponendosi dunque – nelle fattispecie di rilievo eurounitario che riguardino (bilanciamenti tra) diritti fondamentali – come soggetto dialogante (in posizione processualmente intermedia) *sia con i giudici comuni sia, all’occorrenza, con la Corte di giustizia*»<sup>26</sup>.

Ecco, rispetto a queste riflessioni, riprese fedelmente da quanto si era detto e scritto nel 2011 (o prima), ci si era limitati ad aggiungere, nel 2016<sup>27</sup>, che nel frattempo, con l’[ordinanza n. 207 del 2013](#), la Corte costituzionale ha davvero, come noto, effettuato il suo primo rinvio pregiudiziale nell’ambito di un giudizio in via incidentale.

Ora, a distanza di pochi anni, si deve registrare il fatto che con la [sent. n. 269/2017](#) si è sostanzialmente concretizzato (e sotto certi aspetti addirittura “superato”, con ciò determinandosi nuovi problemi o almeno ponendosi nuove questioni, che andremo ad esaminare) lo scenario che si era delineato in astratto.

Considerando che, almeno con riguardo a molte delle questioni “esplose” con tale sentenza e agli interrogativi che essa ha suscitato, non si ha molto da aggiungere a ciò che si era scritto in passato, ci si limiterà – prima di “spostarci” su alcune importanti decisioni pronunciate nel 2019 – ad alcuni chiarimenti e approfondimenti, attraverso l’imprescindibile esame diretto di alcuni passaggi della [sent. n. 269](#) e la formulazione di alcune riflessioni in buona parte basate su una sorta di confronto in filigrana tra il quadro che si era tratteggiato nelle riflessioni poc’anzi richiamate, quello risultante

<sup>23</sup> Appunto solo in via tendenziale ed in sostanza *facoltativa* (è questo un “dettaglio” fondamentale del modello qui delineato), non potendosi probabilmente, allo stato attuale (quand’anche la cosa fosse auspicabile), imporre ai giudici comuni *vincoli* in questo senso [...].

<sup>24</sup> *In prima battuta* dato che, come si dirà poco oltre, condizione di tale (vocazione all’)accentramento non potrebbe che essere la contestuale “accettazione” da parte della Corte costituzionale del proprio *potere* (e teoricamente *dovere*, ma qui forse il discorso potrebbe essere più complesso di quanto a prima vista sembrerebbe) di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. È questa infatti una delle “pietre angolari” su cui si reggerebbe la costruzione [...].

<sup>25</sup> Il tutto, dunque, a prescindere dal fatto che si prospetti una possibile lesione di veri e propri “controlimiti”, diversa essendo qui la logica di fondo rispetto a quella “conflittuale” cui si riferisce la dottrina dei controlimiti: non già, nel nostro caso, quella “patologica” per cui ci si rivolgerebbe alla Corte costituzionale per chiedere la neutralizzazione di un vincolo comunitario in quanto lesivo di principi supremi del nostro ordinamento, bensì quella (in un certo senso “fisiologica”) di chiedere alla Consulta una “*complessiva*” *verifica di legittimità* di una norma interna a fronte di possibili lesioni di diritti e principi fondamentali *di varia matrice* [...].

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Nella relazione [La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE](#), Roma, Corte d’Appello, 27 luglio 2016, pubblicata in [Rivista AIC](#), 1/2017, 2 febbraio 2017.

dalla [sent. n. 269](#) e quelli, non su tutto coincidenti, prospettati nel frattempo da Augusto Barbera e da altri<sup>28</sup>.

Nel far ciò, si concentrerà l'attenzione sui profili maggiormente in grado di illuminare quello che potrà essere nel prossimo futuro il ruolo della Corte costituzionale e degli altri attori del sistema, *in primis* i giudici comuni, nel (sempre più vasto) campo della tutela dei diritti e dei principi fondamentali di rilievo non puramente interno<sup>29</sup>.

Iniziamo dunque dal testo della sentenza (richiamando da subito l'attenzione su certi aspetti con i corsivi e alcune brevi "interpolazioni"). La parte che ci interessa è condensata nel punto 5.2 in diritto, che vale la pena riportare con qualche taglio:

«Una precisazione si impone [...] dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona [...] che, tra l'altro, ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta [...].

Fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto [del diritto dell'Unione], *occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale*. I principi e i diritti enunciati nella Carta *intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione* [...]. Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta [...].

Pertanto, *le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte*, anche in virtù del principio che situa il *sindacato accentrato* di costituzionalità delle leggi *a fondamento dell'architettura costituzionale* (art. 134 Cost.)<sup>30</sup>.

«La Corte giudicherà alla luce dei *parametri interni ed eventualmente* di quelli *europei* (ex artt. 11 e 117 Cost.), *secondo l'ordine di volta in volta appropriato*, anche al fine di assicurare che *i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali*, pure richiamate [...con l'aggettivo "comuni", per la verità; ma alla "dimenticanza" si porrà rimedio in seguito] dall'art. 6 del [TUE] e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito. [...] Il tutto, peraltro, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale *le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia* [...], affinché sia assicurata la *massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico* (art. 53 della CDFUE).

D'altra parte, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE a quelle previste dalla Costituzione italiana può generare un *concorso di rimedi giurisdizionali*. A tale proposito, di fronte a casi di "doppia pregiudizialità" [...], la stessa Corte di giustizia ha a sua volta affermato che il diritto dell'Unione "non osta" al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità [...], purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, "in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria"; di "adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento

---

<sup>28</sup> Per ragioni anzitutto di spazio, non si potrà invece rendere conto, se non in piccola parte, della impressionante serie di commenti alla [sent. n. 269 del 2017](#).

<sup>29</sup> Ci si potrebbe in effetti chiedere *quali* diritti e principi fondamentali hanno invece oggi rilievo *puramente interno*, non avendo alcun riscontro nella CEDU né nella Carta dell'UE (né, ancora, in altri testi internazionali). La domanda non sembra retorica o oziosa, ma in questa sede ci si deve astenere da qualsiasi tentativo di risposta. Resta comunque evidente che l'ipotesi di diritti e principi fondamentali esclusivamente "nazionali" sia destinata a perdere sempre più terreno, la questione di fondo spostandosi (anzi, essendosi già largamente spostata), piuttosto, sul diverso *modo* con cui i vari diritti e principi sono *sanciti, interpretati e bilanciati* (in sé ed in relazione agli elementi di provenienza esterna), nelle diverse carte e dalle diverse corti.

<sup>30</sup> Si noti come la frase "le violazioni ... architettura costituzionale" più che risultare una conseguenza di ciò che si era detto prima, come il "pertanto" iniziale parrebbe voler significare, appaia autosufficiente, indipendente e scollegata, o comunque non collegata in modo ben percettibile, alle circostanze prima ricordate. Piuttosto, sembra essere questa seconda frase – posta quasi assiomaticamente, o meglio *sul presupposto* (in apparenza solo concorrente, per via di quell' "anche in virtù"; ma a ben vedere *unico*, almeno nell'economia del discorso e su un piano logico) della *centralità del sindacato accentrato nell'architettura costituzionale* – a rappresentare il vero fondamento delle conclusioni tratte dalla Corte e precisate nel periodo successivo.

giuridico dell'Unione"; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, *per altri profili* [...ma, come vedremo, questa ormai famigerata limitazione – non presente nelle affermazioni della Corte di giustizia – non sarà più riproposta e sarà anzi “smentita” da sentenze più recenti del giudice costituzionale], la ritengano contraria al diritto dell'Unione [...].

In linea con questi orientamenti, questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità *tanto in riferimento* ai diritti protetti *dalla Costituzione italiana*, quanto in relazione a quelli garantiti *dalla Carta dei diritti fondamentali* dell'Unione europea *in ambito di rilevanza comunitaria*, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione *o di invalidità* [su questo importante aspetto si tornerà tra non molto] del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE».

Come può notarsi, la Corte è qui molto “netta” sia nel delimitare le situazioni cui si riferisce il mutamento di orientamento giurisprudenziale, sia nel definire gli effetti di tale mutamento.

Sotto il primo profilo, si fa riferimento esclusivo alle situazioni in cui una legge sia oggetto di *dubbi di illegittimità tanto in riferimento alla Costituzione, quanto in riferimento alla Carta*.

Sotto il secondo, la Corte afferma che in tali situazioni *deve* essere sollevata la questione di legittimità, restando in parte oscuro il senso da attribuirsi all'inciso finale “fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione”.

Senza addentrarsi in questo complesso problema (in parte ridimensionato dalla giurisprudenza successiva, come si vedrà), sembra utile richiamare solo un paio di elementi che, in proposito, paiono di particolare interesse.

Il primo è un passaggio della sentenza della [Corte di giustizia dell'11 settembre 2014, causa C-112/13, A contro B e altri](#), in cui il giudice europeo riconosce che, fermo restando che «gli organi giurisdizionali nazionali godono della più ampia facoltà di adire la Corte», nondimeno «*potrebbe essere vantaggioso, secondo le circostanze, che i fatti di causa siano acclarati e che i problemi di puro diritto nazionale siano risolti al momento del rinvio*» (p.to 35).

Il passaggio sembra interessante non solo perché conferma (insieme ad altre più esplicite statuizioni riprese anche nel dispositivo della sentenza) il riconoscimento della *possibilità* – seppur mai *necessità*, almeno dal punto di vista della Corte di giustizia<sup>31</sup> – di considerare prioritaria la questione di costituzionalità rispetto al rinvio pregiudiziale, ma anche perché fornisce un'importante indicazione di massima circa il momento in cui il giudice europeo *preferirebbe* essere interpellato: e il riferimento all'opportunità che “*i problemi di puro diritto nazionale*” – tra cui non possono non inserirsi *in primis* quelli relativi alla legittimità “interna” delle norme che dovrebbero applicarsi – siano già “*risolti*” al momento del rinvio a Lussemburgo sembra deporre (contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare) proprio nel senso *della priorità... della questione di costituzionalità!*

E ciò allo scopo, parrebbe, di riservarsi (da parte del giudice eurounitario) “l'ultima parola”<sup>32</sup> sulla questione; e, al contempo, di economizzare le proprie risorse<sup>33</sup>, astenendosi in ipotesi dall'intervenire in casi in cui l'applicabilità di una legge nazionale in potenziale contrasto, segnatamente, con la Carta possa già essere esclusa per altra via, in specie attraverso il riconoscimento della sua illegittimità ad opera del giudice costituzionale, vuoi per accertata *violazione di parametri costituzionali schiettamente interni*, vuoi per *autonomamente accertata violazione della Carta dei diritti*, vuoi ancora (situazione forse ideale, nel senso di migliore) per entrambi i motivi<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Punto di vista che nondimeno sembra poter risultare compatibile, in una prospettiva pragmatica, con punti di vista diversi (come le vicende francesi parrebbero mostrare).

<sup>32</sup> Ammesso che tale possa essere quella della Corte di giustizia: cosa che, come ben noto, la teoria dei controlimiti è volta *comunque* (cioè in qualsiasi scenario procedurale si possa immaginare) ad evitare, almeno con riguardo alle ipotesi più “estreme” di conflitto.

<sup>33</sup> È questo un aspetto, spesso trascurato, cui si ritiene invece essenziale dare molta importanza nel ragionare sul miglior funzionamento del complessivo sistema, alla luce dei diversi compiti e diversi “bacini di utenza” delle varie Corti.

<sup>34</sup> Il tutto a condizione che gli eventuali “ritardi” derivanti da questo *approccio operativo* siano “compensati” dall'adozione di «qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» (e, d'altra parte, non è detto che un simile modo di procedere risulti dal punto di

Il secondo elemento di rilievo, che sembra andare nella stessa direzione, è rinvenibile nei paragrafi 12 e 13 delle “Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” (2018/C 257/01)<sup>35</sup>.

Ivi, sotto la rubrica “Il momento opportuno per effettuare un rinvio pregiudiziale”, dopo essersi affermato, in linea generale, che il giudice nazionale è «nella posizione migliore per valutare in quale fase del procedimento occorra formulare tale domanda», si precisa che siccome, «tuttavia, tale domanda servirà da base per il procedimento che si svolgerà dinanzi alla Corte e che quest’ultima *deve poter disporre di tutti gli elementi* che le consentano sia di verificare la propria competenza a rispondere [...], sia di fornire, in caso affermativo, una risposta utile a tali questioni, è *necessario* che la decisione di effettuare un rinvio pregiudiziale venga presa *in una fase del procedimento nella quale il giudice del rinvio sia in grado di definire con sufficiente precisione il contesto di fatto e di diritto del procedimento principale, nonché le questioni giuridiche che esso solleva*».

Si tratta, chiaramente, di indicazioni (quelle formulate nella [sentenza C-112/13](#)) o appunto di “raccomandazioni” sicuramente non vincolanti; ma entrambe appaiono di un certo peso proprio in quel «quadro di costruttiva e leale cooperazione» che la Consulta ha voluto evocare.

E d’altra parte, come sempre più spesso si osserva, non di rado aver l’occasione di dire “la prima parola” non è meno importante del riservarsi l’ultima, sicché potrebbe risultare non solo *nell’interesse della Corte di giustizia* (come da questi recenti elementi ad essa riconducibili parrebbe), ma anche *nell’interesse della Corte costituzionale* – o meglio, funzionale agli interessi da essa tutelati<sup>36</sup> – la posticipazione dell’eventuale rinvio pregiudiziale a una fase successiva a quella in cui sono *approfonditi* (se non definitivamente *decisi*) gli aspetti puramente “interni” della questione di costituzionalità (almeno nei limiti in cui ciò può farsi prescindendo da quelli “esterni”).

Soprattutto laddove da questo approfondimento emergesse la possibilità/necessità di dichiarare illegittima la norma impugnata, infatti, potrebbe risultare non solo superfluo, ma anche per altri motivi sconveniente, almeno in molti casi<sup>37</sup>, lo spostamento della questione – in termini sostanziali ed eventualmente anche processuali – sul piano europeo<sup>38</sup>.

A tal proposito, e a parziale temperamento di quanto detto, merita peraltro di essere richiamata un’altra affermazione della Corte di giustizia, relativa a un’ipotesi invero abbastanza specifica.

Nei punti 41 e seguenti della citata [sentenza dell’11 settembre 2014](#), il giudice europeo precisa che, «per quanto concerne l’applicabilità in parallelo dei diritti fondamentali garantiti da una Costituzione nazionale e di quelli garantiti dalla Carta [...], occorre rilevare che il carattere prioritario di un procedimento incidentale di controllo della costituzionalità di una legge nazionale *il cui contenuto si limiti a trasporre le disposizioni imperative di una direttiva dell’Unione* non può pregiudicare la *competenza esclusiva della Corte di giustizia a dichiarare l’invalidità di un atto dell’Unione* [...], competenza che è intesa a garantire la *certezza del diritto assicurando l’applicazione uniforme del diritto dell’Unione* [...]. Infatti, laddove il carattere prioritario di un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale portasse all’abrogazione [all’annullamento, diremmo noi] di una legge nazionale che si limiti a recepire le disposizioni

---

vista dei complessivi tempi processuali più oneroso rispetto all’ipotesi di rinvio prioritario alla Corte di giustizia!). A questo riguardo, non si può fare a meno di aggiungere, sia pure *in extremis* (in sede di rilettura finale del presente scritto), un riferimento a un contributo nel frattempo pubblicato dal Prof. Ruggeri che si ritiene di enorme importanza e meritevole di immediata e attentissima presa in considerazione non solo in sede dottrinale, ma anche, e anzitutto, da parte dei soggetti istituzionali chiamati opportunamente in causa: A. RUGGERI, *Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di “costituzionalità-eurounitarietà”*, in questa [Rivista, Studi, 2019/III, 474 e ss.](#)

<sup>35</sup> Le raccomandazioni, pubblicate sulla *G.U.U.E.* del 20 luglio 2018, sono reperibili sul sito [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

<sup>36</sup> Come ricordato da A. BARBERA, [La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia](#), in [Rivista AIC](#), 4/2017, 6 novembre 2017, «[l]a questione su cui riflettere non riguarda solo la salvaguardia dei poteri delle Corti costituzionali»; il «problema è invece ben più rilevante e concerne la certezza dei rapporti giuridici». E in un passaggio di poco precedente, molto significativo, l’A. afferma che «l’intento deve essere quello di *recuperare il tema dei diritti fondamentali in un circuito di diritto costituzionale*».

<sup>37</sup> Ma non in tutti, come si tornerà a dire nelle conclusioni.

<sup>38</sup> In questa prospettiva, assume particolare valore il passaggio in cui la Corte precisa che «giudicherà alla luce dei *parametri interni ed eventualmente di quelli europei* [...], secondo l’ordine di volta in volta appropriato».

imperative di una direttiva [...], a causa della contrarietà di detta legge alla Costituzione nazionale, *la Corte [di giustizia] potrebbe di fatto essere privata della possibilità di procedere*, su domanda dei giudici del merito [oppure della stessa Corte costituzionale, varrebbe la pena aggiungere: e la recente [ord. n. 117/2019](#) si muove esattamente in questa direzione], *al controllo della validità di detta direttiva* rispetto [...] agli obblighi che derivano dal diritto primario, segnatamente [...] *dalla Carta*». In questi casi, dunque, gli organi giurisdizionali nazionali dovrebbero «chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla validità di detta direttiva e [poi] trarre le conseguenze» del caso<sup>39</sup>.

Tornando ora ai due aspetti “principali” – cioè (a) quello della delimitazione delle situazioni cui si riferisce il mutamento di orientamento della giurisprudenza costituzionale, e (b) quello della definizione degli effetti di tale mutamento – si stava notando come, con riferimento a entrambi, la Corte costituzionale abbia adottato delle soluzioni almeno a prima vista molto “nette”, facendo riferimento, sotto il primo profilo, alle situazioni in cui una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità *tanto in riferimento alla Costituzione, quanto in riferimento alla Carta*, ed affermando, sotto il secondo profilo, che in tali situazioni «*debba essere sollevata la questione di legittimità*».

Dunque, per semplificare, *solo* in queste situazioni, e *in tutte* queste situazioni, si sarebbe passati dal *divieto* di sollevare la questione (e contestuale *obbligo* di immediata disapplicazione, salvo rinvio a Lussemburgo) a un *obbligo* di sollevare la questione (con *divieto* di immediata disapplicazione).

Soluzione molto lineare, si può notare<sup>40</sup>. Tuttavia, occorre rilevare una circostanza piuttosto sorprendente, che costringe a dubitare, perfino sotto questo profilo, della bontà di una simile impostazione. Il fatto è che, come evidenziato da Ruggeri, nell’intero anno successivo alla pronuncia della [sent. n. 269](#) non risulta essere stata sollevata *nemmeno una questione di legittimità costituzionale* «avente per causa la supposta, congiunta violazione di norma della Carta dell’Unione e di norma della Costituzione con la prima sostanzialmente coincidente»: il che, considera l’A., «dovrebbe indurre ad una seria e disincantata riflessione. Perché pur potendosi, in astratto, prefigurare il caso che non si sia mai avverata la condizione giustificativa, ai sensi della [269](#), dell’apertura di un giudizio davanti alla Consulta, viene tuttavia ugualmente da pensare che, forse, gli stessi giudici hanno fatto di tutto (e, magari, di più...) perché ciò non avesse luogo»<sup>41</sup>.

A prescindere da ciò, la soluzione patrocinata e (almeno a prima vista) “imposta” dalla Corte con la [sent. n. 269](#) – quella cioè per cui i giudici comuni dovrebbero immancabilmente rivolgersi ad essa ogniqualvolta si profili una violazione congiunta di norme della Carta e della Costituzione – è apparsa troppo rigida e semplificata rispetto ad altre, forse più funzionali, soluzioni prospettabili e prospettate (il che, del resto, potrebbe anche contribuire a spiegare la singolare circostanza poc’anzi richiamata,

<sup>39</sup> Molto interessante anche il punto successivo, in cui si precisa che, invece, «quando il diritto dell’Unione riconosce agli Stati membri un margine di discrezionalità nell’attuazione di un atto di diritto dell’Unione, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali assicurare il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale, purché l’applicazione degli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l’unità e l’effettività del diritto dell’Unione (v., in tal senso, [sentenza Melloni, C-399/117](#) [...], punto 60)».

Le citate affermazioni sono state opportunamente valorizzate nell’ambito di un tentativo di costruzione di uno schema teorico – che in effetti appare limpido, coerente e per molti versi convincente (seppur forse non esaustivo) – in grado di orientare i giudici comuni nella soluzione del dilemma di fondo (su cui si tornerà): quando interpellare la Corte di giustizia e procedere alla disapplicazione e quando invece rivolgersi alla Corte costituzionale? Cfr. in proposito le lucide e puntuali riflessioni di G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur.cost.*, 6/2017, e Id. *Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell’UE*, *ibidem*, 1/2019 (sulla stessa linea R. MASTROIANNI, [La Carta UE dei diritti fondamentali fa gola o fa paura? Intervista in tre domande](#) a cura di R. Conti, in [Giustizia Insieme](#), 2019)

<sup>40</sup> Sotto questo profilo, si potrebbe anzi apprezzare la capacità della decisione di fornire una “regola di comportamento” semplice, facile da decifrare e (su un piano astratto) facile da rispettare, l’unica valutazione richiesta essendo quella relativa ai dubbi di compatibilità della legge rispetto alla Costituzione e alla Carta, senza necessità, né anzi possibilità, di spingersi oltre, giacché in presenza di tali dubbi il giudice non dovrebbe/potrebbe far altro che rimettere la questione alla Consulta, cui spetterebbe “sbrogliare la matassa”.

<sup>41</sup> A. RUGGERI, [Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?](#), in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 20.



e, più in generale, le “resistenze” variamente manifestate da parte della magistratura comune verso l’impostazione e le indicazioni della Corte).

Ad esempio, può ricordarsi come secondo la diversa tesi sostenuta da Barbera ai giudici comuni «andrebbe richiesto di non disapplicare puntuali norme interne applicando principi *non univocamente antinomici* o addirittura di scarsa precettività; principi che, comunque, potrebbero esigere un *più ampio bilanciamento con altri principi* (per esempio utilizzando il meta-principio di proporzionalità). *In tali casi (e solo in tali casi)* essi *potrebbero*, invece, sollevare un incidente di costituzionalità sulle norme interne per violazione, in via interposta, di un parametro costituzionale»<sup>42</sup>.

In effetti, come si era a suo tempo sostenuto (e la giurisprudenza più recente sembra confermare la plausibilità di tale approccio), il miglior “punto di equilibrio” può forse in questa fase collocarsi – in linea generale e salve ulteriori specificazioni – in una zona intermedia tra il vecchio e ormai superato *divieto* di rivolgersi alla Corte costituzionale, con connesso *obbligo* di immediata disapplicazione (o di rinvio a Lussemburgo nei casi dubbi), e la situazione opposta di immancabile *obbligo* di rivolgersi sempre e subito alla Consulta.

In altre parole, sembra che sia più utile e più corretto ragionare di una *facoltà*, con diverse sfumature a seconda dei casi, di rivolgersi alla Corte Costituzionale. Facoltà che potrebbe e anzi dovrebbe in alcuni casi (v. oltre) connotarsi in termini tali da “assomigliare” molto a un obbligo, senza però essere formalmente qualificata come tale, a meno che si sia disposti ad accettare la quanto mai problematica prospettiva – in caso di violazione di tale obbligo – di un conflitto di attribuzione<sup>43</sup> promosso dalla stessa Corte costituzionale contro il giudice reo di essersi discostato dalle indicazioni operative da essa stessa fornite...<sup>44</sup>.

Appena il caso di aggiungere che il passaggio dalla mera facoltà al sostanziale obbligo non dovrebbe essere concepito come un “salto”, secondo una logica binaria in cui esistono solo il bianco e il nero<sup>45</sup>, ma in una logica di gradualità (tanto più che, come si è visto, sarebbe difficile immaginare sanzioni per il mancato rispetto del pur eventualmente affermato obbligo).

Altresì intuibile, *a grandi linee*, quale sia il criterio generale cui il giudice comune dovrebbe rifarsi per valutare, diciamo così, *quanto sia opportuno* rivolgersi alla Corte costituzionale.

Si potrebbe dire, in prima battuta, che tanto più la questione sia *costituzionalmente complessa e/o delicata* tanto più l’intervento della Corte costituzionale sarebbe appropriato, fino a diventare, in certi casi, palesemente necessario (a prescindere da qualificazioni formali e da sanzioni di cui, almeno in questo campo, sarebbe auspicabile non avere bisogno e non fare uso).

Il problema è, naturalmente, capire bene cosa debba intendersi per “costituzionalmente complessa” o “delicata” ai fini in questione<sup>46</sup>.

Utili spunti in proposito possono anzitutto trarsi, ancora una volta, dalle riflessioni di Barbera. Interessanti (seppur a loro volta non privi di aspetti problematici, come torneremo a dire) sembrano in particolare i passaggi in cui – riecheggiando certe antiche e note distinzioni sviluppate proprio con

<sup>42</sup> A. BARBERA, *op. cit.*, corsivi aggiunti.

<sup>43</sup> Una simile prospettiva era stata evocata da M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale*, *cit.*, par. 7, con riguardo all’ipotesi di disapplicazione della legge per contrasto con la CEDU. Ma, come aveva rilevato A. RUGGERI, *La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in questa *Rivista, Studi*, 2011, 7 novembre 2011, «l’ipotesi sembra francamente alquanto astratta, tant’è che a tutt’oggi i casi di “ribellione” non sono stati sanzionati nel modo suddetto». Tale giudizio sembra valere anche, ed anzi a maggior ragione, con riferimento all’ipotesi di disapplicazione della legge *per contrasto con la Carta*, per motivi intuibili (v. al riguardo la nota seguente).

<sup>44</sup> In termini, oltretutto, innovativi rispetto alla propria stessa precedente giurisprudenza e alla tradizionale giurisprudenza della Corte di giustizia.

<sup>45</sup> A una simile e anzi ancor più estrema logica binaria sembrano invece rispondere i passaggi “incriminati” della [sent. n. 269](#), ove si prescinde perfino dal concetto di *facoltà* e si oscilla, senza che siano menzionate soluzioni intermedie, tra i due poli dell’*obbligo* e del *divieto* di sollevare la questione di costituzionalità (a seconda del ricorrere o meno dell’unica circostanza indicata dalla Corte – la sospetta “violazione congiunta” – ogni altro elemento restando, apparentemente, privo di qualsiasi rilievo).

<sup>46</sup> “Ai fini in questione” perché è chiaro che ogni riflessione su questo aspetto dovrà basarsi sulla consapevolezza delle differenze del giudizio presso la Corte costituzionale rispetto a ogni altro giudizio, per le molte ragioni note.

riguardo a problemi di riparto di compiti tra giudici comuni e Corte costituzionale (relativamente alla sorte delle leggi anteriori alla Costituzione) – l’A. afferma che «[n]el caso di *contrasto fra regole*, interne ed europee, aventi le *medesime peculiarità precettive* occorre solo verificare quale delle due è applicabile alla fattispecie considerata e, pertanto, tale operazione non può che spettare al giudice del caso concreto. Invece, nel caso di contrasto di una norma interna *con principi o clausole generali di derivazione europea* può rendersi necessario il *bilanciamento con una pluralità di principi, nazionali ed europei, ordinari e costituzionali*. Un complesso di operazioni, in breve, che va oltre lo strumento della disapplicazione»<sup>47</sup>.

La posizione di Barbera – oltre a presentare, come può notarsi, importanti punti di contatto con la tesi che, nel nostro piccolo, si era avuto modo di illustrare negli scritti prima richiamati (specie quanto al rilievo attribuito alla eventuale necessità di bilanciamenti tra una pluralità di principi di varia provenienza quale possibile elemento discriminante ai fini dell’opzione tra immediata disapplicazione e coinvolgimento della Corte costituzionale) – si avvicina molto, per altri versi, ad alcune riflessioni di altri Autori.

Ad esempio, con riguardo alla cruciale questione dei presupposti e dei limiti della possibilità di ricorrere allo strumento della non applicazione per contrasto con la Carta, si era già osservato che «la problematicità è data dall’astrattezza dei diritti fondamentali, dalla loro necessaria *graduabilità* e dalla loro apertura a *valutazioni di proporzionalità e adeguatezza* che lasciano *molto spazio al “margine di apprezzamento”* dei singoli Stati membri, complicando il sillogismo che tradizionalmente innesca il potere/dovere di disapplicazione diretta»<sup>48</sup>. E ancor prima, prendendo pure le mosse dalla premessa, invero precisabile<sup>49</sup>, per cui la disapplicazione presupporrebbe un contrasto “flagrante” tra norme dotate di uno stesso grado di astrazione, «capace appunto di far derivare in modo logicamente necessitato ed univoco la contraddizione fra di esse», si era considerato che «questo è caso raro quando si tratta di diritti fondamentali», giacché «[i]l contenuto del diritto fondamentale, e soprattutto il suo necessario bilanciamento con altri valori meritevoli di considerazione, molto raramente può prescindere da un’opera di concretizzazione dotata talvolta di grandi margini di apprezzamento che solo la consolidazione storica e la competenza istituzionale di organi a ciò appositamente deputati – si tratti del legislatore o della Corte costituzionale – possono legittimamente percorrere»<sup>50</sup>.

Invero, l’impostazione secondo cui «allorché si tratti di puntuali antinomie fra regole spett[erebbe] al giudice comune disapplicare la regola interna [...], ma allorché l’antinomia riguardi un norma nazionale in contrasto con principi (od obbiettivi), divent[erebbe] appropriato il coinvolgimento delle Corti costituzionali, ovviamente non escludendo il contributo della Corte di giustizia attraverso – ove necessario – un rinvio pregiudiziale»<sup>51</sup>, si avvicina anche a quella famigerata distinzione tra diritti e principi che, con una discussa integrazione delle “clausole orizzontali”, si era inserita nell’art. 52, par. 5 della Carta in occasione del suo “adattamento”. E, al riguardo, Barbera afferma che tale distinzione sarebbe «resa più chiara dalle “Spiegazioni” – di cui “tenere conto” ai sensi del par. 7 dello stesso art. 52 – a cura del presidium della Convenzione»<sup>52</sup>.

In proposito, pur non potendocisi addentrare nelle complesse questioni evocate da simili collegamenti, e anche sorvolando sulle forti riserve circa il ruolo da riconoscersi, in linea generale, alle Spiegazioni della Carta (come pure circa l’effettiva loro valenza chiarificatrice con riguardo a

<sup>47</sup> A. BARBERA, *op. cit.*, 8.

<sup>48</sup> V. MANES, *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, 37, corsivi aggiunti (ivi riferimenti ad alcuni pertinenti passaggi della [sent. n. 227/2010](#)).

<sup>49</sup> È noto infatti (e la stessa Corte costituzionale non esita a confermare in linea di principio, nella stessa sent. n. 227/2010 e in altre) che – per costante giurisprudenza della Corte di giustizia – la disapplicazione del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario/eurounitario può e deve aver luogo non solo in caso di immediata contraddizione tra regole puntuali, ma pure, a determinate condizioni, in caso di mancato rispetto di “principi” di varia fonte e natura.

<sup>50</sup> F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 657 ss., corsivi aggiunti.

<sup>51</sup> A. BARBERA, *op. cit.*

<sup>52</sup> *Ibidem*.

questo specifico aspetto)<sup>53</sup>, non si può fare a meno di ribadire come sia possibile nutrire delle perplessità, per ragioni legate alla genesi della Carta, sull'effettiva correttezza della valutazione – pur a prima vista condivisibile – secondo cui la Carta sarebbe «espressa prevalentemente per principi» (intesi nel senso fatto proprio dalla menzionata disposizione)<sup>54</sup>.

Ad ogni modo, lasciando da parte queste complicazioni, sembra di poter dire per parte nostra che forse le ipotesi di *maggior complessità e delicatezza costituzionale*, nelle quali l'intervento della Consulta dovrebbe ritenersi più strettamente necessario, siano da identificarsi non solo (e forse non tanto) in quelle di *sospetta violazione congiunta della Costituzione e della Carta (e della CEDU)*, ma anche, e soprattutto, in quelle di *contestuale rilevanza* di queste fonti (e delle rispettive giurisprudenze) in termini però non di coincidenza, sovrapposizione o comunque convergenza (potrebbe dirsi di “coassialità”, rifacendosi a una efficace teorizzazione di Roberto Bin<sup>55</sup>), bensì di concorrenza e almeno apparente divergenza<sup>56</sup>, ponendosi in questi casi difficili problemi che potrebbero volendo definirsi, almeno in prima battuta e per intendersi, di “bilanciamento di bilanciamenti”<sup>57</sup>.

Così stando le cose (o meglio, se si condivide che così debbano essere viste le cose), ancor maggior rilievo sembrano assumere alcune considerazioni relative alla necessità di «un dialogo» tra i vari giudici: che è poi necessità, sfrondando il discorso dalle note puramente retoriche che talora lo avvolgono, di una migliore messa a punto e di un pieno rispetto dei rispettivi “ruoli”, anche sotto il profilo relazionale.

In particolare, appaiono illuminanti alcune osservazioni già da tempo formulate da Ruggeri, il quale ha più volte e con forza rimarcato come la garanzia dei diritti e principi fondamentali, e in genere dei valori fondanti della nostra società, «non p[ossa] essere demandata, in ultima istanza, ad un solo giudice (ciò che farebbe correre il rischio micidiale, di cui già duemila anni addietro ci ammoniva Giovenale, nella sua VI Satira: *quis custodiet ipsos custodes?*), che, in quanto abilitato ad enunciare “verità” giuridicamente indiscutibili di diritto costituzionale, potrebbe per ciò solo, a conti fatti, commutarsi in una sorta di *potere costituente permanente*»<sup>58</sup>. Viceversa, «[u]n giudice, sovranazionale o nazionale che sia, che sa di doversi confrontare con altri organi preposti parimenti ad amministrare giustizia è naturalmente portato ad una maggiore cautela e vigilanza interna»<sup>59</sup>.

Si tratta cioè di tenere presente il dato, ben illustrato da Bin, che «un processo sostanzialmente entropico e soggettivo, chiamato interpretazione giuridica, offr[e] risultati almeno in qualche misura certi e prevedibili se visto come un'opera collettiva, un gioco giocato da molti»<sup>60</sup>.

Affinché ciò accada, però, è necessario che siano seguite da tutti i partecipanti, e almeno... nella sostanza, *le stesse “regole del gioco”*<sup>61</sup>: regole peraltro poste in qualche misura dai partecipanti stessi, attraverso una sorta di gioco preliminare, mai concluso, i cui capisaldi sono ovviamente quelli fissati

<sup>53</sup> Per le ragioni illustrate nel nostro *Le «spiegazioni» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2005, 59 ss.

<sup>54</sup> I motivi di tali perplessità sono esposti, tra l'altro, in *Tra Fonti e Corti*, cit., 134 s. e 209 s. In ogni caso, non può trascurarsi che il delicato compito di distinguere tra diritti e principi all'interno della Carta (così come in generale quello, contiguo e anzi oscuramente intrecciato, di individuare le norme eurounitarie “direttamente applicabili”) andrebbe riservato alla Corte di giustizia, e già questa circostanza parrebbe minare la funzionalità di qualsiasi impostazione che ponga tale distinzione come “decisiva” ai nostri fini.

<sup>55</sup> Cfr. R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018.

<sup>56</sup> Cfr. in proposito, ad esempio, le ipotesi teoriche messe a fuoco da A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in [www.cde.unict.it](http://www.cde.unict.it), 2010.

<sup>57</sup> Questa è l'espressione che si era utilizzata, in altro assimilabile contesto, commentando le “sentenze gemelle”.

<sup>58</sup> A. RUGGERI, *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in questa *Rivista, Studi*, 2011, 4 giugno 2011, e in *Diritti Comparati*, 2011.

<sup>59</sup> A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in questa *Rivista, Studi*, 2018/III, spec. 566.

<sup>60</sup> Così R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 2018, con rinvio al suo *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano 2013.

<sup>61</sup> O forse anche regole solo *coincidenti* (ovvero *corrispondenti, analoghe*); oppure, addirittura, regole *non coincidenti* ma, almeno, *compatibili* (cfr., al riguardo, il felice riferimento di V. MANES, *op. cit.*, 4-5, a quelle regole “di semplice convivenza” che non di rado, in questi ambiti, affiancano o sostituiscono le tradizionali “regole di prevalenza”).

dalle norme anzitutto costituzionali, o comunque di rango primario nel sistema di riferimento, che incidono sui doveri e poteri dei soggetti coinvolti. È necessario, in breve, che siano da tutti *compresi e rispettati i ruoli* (spesso attraverso forme di “autolimitazione”, essendo impensabile che in questo ambito tutto possa essere presidiato da “sanzioni”).

In effetti, come ricordato significativamente dallo stesso Ruggeri (Autore non certo accusabile di “formalismo”), «[l]a tipicità dei ruoli – secondo una tradizione risalente all’affermazione del principio della separazione dei poteri – è elemento costitutivo dell’essenza stessa della Costituzione, condizione cioè della salvaguardia dei diritti, secondo l’insegnamento tramandatoci dai rivoluzionari francesi all’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789». E «[l]a tipicità dei ruoli – qui è il *punctum crucis* della questione [...] – non vale solo al piano dei rapporti tra gli organi della direzione politica e gli organi di garanzia [...]. Vale anche al piano dei rapporti tra gli operatori di giustizia [...]. Il “dialogo”, insomma, presuppone la distinzione dei ruoli e la loro scrupolosa osservanza, non già la loro confusione che fatalmente porterebbe non alla “giurisdizionalizzazione” dei conflitti (e dei decisori) politici bensì alla “politicizzazione” dei giudizi (e dei giudici)»<sup>62</sup>.

#### 4. Chiarimenti e precisazioni sul ruolo della Carta (e dei suoi “utilizzatori”) nella giurisprudenza più recente

Queste riflessioni e preoccupazioni ben ci introducono nell’ultima (allo stato attuale) fase della vicenda, vale a dire ad alcune sentenze – pronunciate dalla Corte costituzionale nel 2019 – che sotto diversi profili sembrano andare nella direzione auspicata.

In effetti, alla luce di alcune affermazioni contenute nelle sentenze [n. 20](#) e [63](#) del 2019, e poi anche nelle decisioni n. 112 e 117, paiono fortemente ridimensionati i principali elementi di (almeno potenziale) criticità del quadro – invero nebuloso e ambiguo sotto certi aspetti – ricavabile dalla [sentenza n. 269 del 2017](#).

Anzitutto, nelle sentenze [n. 20](#) e [63](#) del 2019 la Corte ha smussato uno dei profili più spigolosi e problematici della [sent. n. 269](#), quello connesso all’apparente (e oggettivamente affermato come tale, secondo quanto si è visto) *obbligo* di rivolgersi ad essa in *tutti* i casi in cui si sospetti una congiunta violazione della Carta e della Costituzione; e, per altro verso, ha (o almeno sembra aver) chiarito in senso conciliante un’altra fondamentale questione, e cioè quella relativa alla perdurante possibilità che il giudice comune si rivolga alla Corte di giustizia *per qualsiasi motivo ed in qualsiasi momento* (laddove, nella [sent. n. 269](#), tale questione era parsa a molti risolta in senso differente e molto più restrittivo, anche a causa di quel sibillino “per altri motivi”: v. oltre).

Quanto al primo aspetto (*obbligo* o *facoltà* di rivolgersi alla Corte costituzionale), può notarsi che mentre nella [sentenza n. 269/2017](#) il giudice delle leggi aveva affermato – come si è visto – che «le violazioni dei diritti della persona postulano la *necessità* di un intervento *erga omnes* di questa Corte», giungendo alla conclusione «che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento [a]lla Costituzione [...], quanto in relazione [a]lla Carta [...], *debba* essere sollevata la

---

<sup>62</sup> A. RUGGERI, *op. ult. cit.*, 567. Perspicue e calzanti sono anche le parole che precedevano quelle appena citate: «[n]on si commetta [...] l’errore, frutto di autentica miopia istituzionale, di ritenere che il fine giustifichi sempre il mezzo, qualunque mezzo. Alla lunga, infatti, a perdere saranno la Costituzione e lo Stato costituzionale» (primo corsivo testuale, secondo aggiunto). In altra sede l’A. aveva osservato che «[s]ta [...] in siffatta tipizzazione dei ruoli il nucleo di verità racchiuso nel principio della separazione dei poteri, nelle sue plurime espressioni [...]; ed è – come si sa – un nucleo non ridicibile, irrinunciabile, se si ha a cuore di preservare e trasmettere integra anche alle generazioni che verranno l’idea di Costituzione, per come l’abbiamo ereditata dai rivoluzionari di fine settecento e, pur con non secondari aggiustamenti, realizzata specie dopo la tragedia della seconda grande guerra» (A. RUGGERI, [La Corte costituzionale “equilibrata”](#), *cit.*).

Appena il caso di precisare che la scrupolosa osservanza del proprio ruolo rappresenta un’esigenza di vitale importanza anche con riguardo alla Corte costituzionale, la quale anzi, in ragione della sua posizione in qualche modo “di chiusura” (almeno nell’ottica interna), dovrebbe prestare una speciale attenzione al rispetto delle regole, di varia fonte e natura, che ne disciplinano le funzioni, resistendo in particolare alla tentazione di “riscrivere” tali regole secondo convenienze più o meno occasionali e condivise.

questione di legittimità costituzionale», nella [sentenza n. 20/2019](#) i citati passaggi sono richiamati con una piccola, ma (sembrerebbe) importante modifica: ivi infatti la Corte ricorda di aver «concluso che in tali casi [...] va preservata l'opportunità di un intervento con effetti erga omnes di questa Corte». Inoltre, in un altro (per più motivi) significativo passaggio della stessa sentenza, la Corte afferma che «[l]a “prima parola” che questa Corte, *per volontà esplicita del giudice a quo*, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è [...] più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco»; e similmente, ma in termini forse ancor più espliciti, nella [sent. n. 63/2019](#) la Corte, dopo aver ribadito la sussistenza del «potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale» (v. poco oltre), afferma che, «[l]addove però *sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale* che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta» (frasi analoghe si ritrovano anche, e non certo per caso, nelle più recenti decisioni [n. 112](#) e [117 del 2019](#)).

Passando al secondo aspetto (residui poteri del giudice comune di rivolgersi alla Corte di giustizia e di procedere alla disapplicazione), è proprio nel passaggio immediatamente precedente a quello da ultimo citato che la Corte, nella [sent. 63/2019](#), ha ribadito che resta «fermo [...] il potere del giudice comune di *procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale* alla Corte di giustizia UE, *anche* dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di *non applicare*, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»: laddove, con tutta evidenza, «il riferimento al potere del giudice comune di procedere al rinvio alla Corte di Giustizia (e alla successiva eventuale disapplicazione della norma interna) “anche dopo” il giudizio incidentale di legittimità costituzionale [...] presuppone [o almeno sembra presupporre, secondo la lettura più immediata e lineare] che tale strada sia percorribile *anche prima* di tale giudizio (e quindi indipendentemente da esso)»<sup>63</sup>. E già nella [sent. n. 20/2019](#), appena dopo l'ultimo passaggio riportato, poteva leggersi la seguente, importante precisazione: «[r]esta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, *qualsiasi* questione pregiudiziale *a loro avviso necessaria*. In generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, *per definizione, esclude ogni preclusione*»<sup>64</sup>.

In riferimento poi alla questione dei presupposti della “competenza” della Corte costituzionale, e precipuamente al problema, qui posto al centro della riflessione, dell'individuazione di quelle situazioni la cui particolare complessità e delicatezza costituzionale renderebbe il ricorso al sindacato accentrato del giudice delle leggi *particolarmente opportuno* (o, potrebbe dirsi, “virtualmente necessario”), merita senz'altro di essere evidenziato, nelle decisioni del 2019, l'allontanamento dalla rigida e semplificata impostazione della [sent. n. 269/2017](#) (per intendersi: la “violazione parallela” di disposizione corrispondenti della Carta e della Costituzione), a favore di un approccio decisamente più articolato e aperto.

In disparte i ricorrenti passaggi in cui si riconosce (ed anzi, come si è visto, si enfatizza) il rilievo della stessa “scelta” compiuta dal rimettente, appaiono di speciale interesse, alla luce delle riflessioni che si sono precedentemente svolte (e che, anche sotto questo aspetto, risultano in qualche modo avvalorate), quei passaggi in cui la Corte afferma che «[l]’ammissibilità [...] delle questioni sollevate,

<sup>63</sup> Così M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, corsivi originali. Alla stessa conclusione era giunto, *de plano*, anche A. RUGGERI, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in questa *Rivista, Studi, 2019/1*, spec. 169-170.

<sup>64</sup> Al contrario, come si è visto, la [sentenza n. 269](#), oltre a suscitare dubbi (se non certezze negative) circa la possibilità di rivolgersi alla Corte di giustizia prima della conclusione del giudizio di costituzionalità, sembrava limitare la stessa possibilità di interpellare il giudice europeo e/o di procedere alla disapplicazione di una disposizione legislativa sottoposta (doverosamente, per le ragioni anzidette) al vaglio del giudice delle leggi alla sola ipotesi in cui tale disposizione, superato indenne il controllo “interno” di costituzionalità, fosse comunque ritenuta «contraria al diritto dell'Unione»... «*per altri profili*».

emerge anche alla luce della circostanza che la disciplina legislativa censurata [...] opera [...] su un terreno nel quale risultano *in connessione* – e talvolta anche *in visibile tensione* – diritti e principi fondamentali, contemporaneamente tutelati sia dalla Costituzione che dal diritto europeo, primario e derivato» (sent. n. 20/2019, all’inizio del p.to 2.2)<sup>65</sup>, sicché «[n]on erra [...] il giudice *a quo* quando segnala la peculiarità dell’esame cui deve essere soggetta la disciplina legislativa che egli si trova ad applicare, e quando sottolinea che tale esame va condotto dalla Corte costituzionale» (*ibidem*, alla fine del p.to 2.2)<sup>66</sup>.

## 5. Conclusioni

I vincoli di spazio impongono di scegliere *un unico aspetto*, tra i numerosi toccati e gli ancor più numerosi trascurati, su cui richiamare conclusivamente l’attenzione soprattutto in prospettiva futura.

Si sceglie quello, qui non sviluppato ma serpeggiante tra le righe, relativo alla individuazione, o meglio alla costruzione, su basi condivise (non solo a livello nazionale, per il motivo che si dirà subito), di un *criterio* uniforme, ed anzi *unico* per tutti gli Stati membri (per quanto sofisticato ed elastico), che consenta di enucleare quell’insieme – necessariamente ristretto, per ragioni pratiche prima ancora che teoriche – di situazioni in cui i giudici comuni *dovrebbero necessariamente* rivolgersi *alla Corte di giustizia*<sup>67</sup> affinché questa possa esprimersi, con effetti diretti o indiretti a

<sup>65</sup> In un altro passaggio della stessa sentenza, come si è visto, l’ammissibilità della questione è stata ritenuta “*più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco*”.

<sup>66</sup> Più precisamente (e ancor più significativamente), questa positiva valutazione della Corte sembrerebbe da riferirsi alla circostanza che il giudice *a quo* – consapevole che la Corte di giustizia aveva sì ritenuto, in altra occasione, che le invocate norme europee fossero direttamente applicabili, ma aveva «*devoluto al giudice nazionale* la valutazione sul corretto *bilanciamento* tra i *due diritti potenzialmente confliggenti*» (e cioè, in breve, il diritto alla riservatezza dei dati personali, da una parte; e, dall’altra, i principi di pubblicità e trasparenza, che “tendono ormai a manifestarsi, nella loro declinazione soggettiva, nella forma di un diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione”, sia nella legislazione interna sia nel diritto europeo) – si era espresso nel senso «che la *valutazione sul bilanciamento* in parola *non potesse che spettare a questa Corte*» (cioè appunto alla Corte costituzionale).

A una logica simile parrebbe *prima facie* rispondere anche la recente ordinanza di rimessione della Corte di Cassazione n. 16164/2019, in cui, ritenendosi che «[s]olo in sede di giudizio costituzionale è possibile [...] valutare la ragionevolezza della scelta discrezionale legislativa, frutto di bilanciamento dei contrapposti interessi» (p.to 10), si solleva questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, c. 125, della l. 190/2014, in relazione agli 3, 31 e 117, c. 1, Cost., quest’ultimo in relazione agli artt. 20, 21, 24, 31 e 34 della Carta.

Circa l’importante questione, qui non sviluppata ma ben presente, della eventuale (e a nostro avviso doverosa) estensione del regime operativo previsto per la Carta a tutte le altre norme eurolunitarie, anche di diritto derivato, che per il loro contenuto e per le loro ricadute pongano problemi analoghi, cfr. S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, spec. 12 ss.

Altra ipotesi è poi quella di invocazione *esclusiva* – almeno in funzione “attiva”, in positivo, nel ruolo cioè di *parametro* (interposto) – di norme *della Carta* (o, eventualmente, di altre norme eurolunitarie assimilabili): l’opportunità di un intervento (anche) della Corte costituzionale perfino in (alcuni di) questi casi potrebbe emergere soprattutto laddove norme (“sostanziali”) della Costituzione, pur non evocate tra i parametri, andrebbero tuttavia (e al contrario) ad assumere un (non meno importante) rilievo “passivo”, nel senso cioè che esse *potrebbero essere intaccate in caso di disapplicazione* (o, *ipoteticamente, di annullamento*) della legge in presunto contrasto con la Carta: richiedendosi dunque, ancora una volta, operazioni o valutazioni di *bilanciamento* tra diritti e principi concorrenti, tali da rendere (se non necessario, almeno, come si diceva) opportuno il coinvolgimento della Consulta. E tutto ciò a prescindere dalla possibilità, e utilità, di un riferimento alla categoria dei “controlimiti”.

<sup>67</sup> Tale questione sembra in effetti, in prospettiva storica, ancor più importante (e probabilmente prioritaria da un punto di vista logico-giuridico) rispetto alla questione (maggiormente approfondita nel presente scritto) dell’individuazione delle situazioni in cui i giudici comuni “dovrebbero” rivolgersi (...anche? ...anzitutto?) al giudice costituzionale interno, tale seconda questione essendo, in sé e per sé, di rilievo puramente nazionale (pur essendo, come ovvio, strettamente collegata alla prima, di portata europea).

Risolte tali due questioni, può notarsi, sarebbe automaticamente risolta una terza questione, e cioè quella dell’individuazione, in via residuale, delle situazioni in cui i giudici comuni ben farebbero, anche per questioni di economia di tempi (e non solo di tempi), *a non rivolgersi né all’una né all’altra Corte*, risolvendo “in autonomia”, seppur ovviamente alla luce delle fonti normative e giurisprudenziali di rilievo, il caso sottoposto.

livello europeo, sull'interpretazione della Carta<sup>68</sup> E si noti, a questo riguardo, come il pericolo di emarginazione *del giudice europeo*<sup>69</sup>, che per una sorta di nemesi storica potrebbe derivare da una riacquisita centralità delle Corti costituzionali (almeno nel campo dei diritti e principi fondamentali), vada anche ricollegato – in eguale se non maggior misura, e con l'aggravante di un serio *vulnus* alla certezza del diritto (e dei diritti) e, in ultima analisi, all'eguaglianza<sup>70</sup> – ad un uso *generalizzato* e *incontrollato* dello strumento della *immediata* disapplicazione della legge da parte dei giudici comuni per asserito contrasto con la Carta (o in genere coi diritti e principi fondamentali facenti parte del diritto europolitano).

Anche di ciò, probabilmente, ci si dovrà occupare nei prossimi anni.

---

<sup>68</sup> Il problema è evidente – e lo si è in parte visto – in riferimento alle (paventate elusioni di) questioni pregiudiziali “di (in)validità”, ovvero «sulla validità [...] degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione», *ex art.* 267, lett. b, TFUE (cfr. in questo senso l'[ord. n. 117/2019](#), nel suo *secondo* quesito); ma, come può intuirsi, non si esaurisce in ciò (si rifletta già, ad esempio, sul *primo* quesito posto dalla medesima ordinanza).

<sup>69</sup> Con le profonde e in parte gravi implicazioni che esso reca con sé (sul punto, cruciale, si tornerà in altra sede).

<sup>70</sup> Non solo nel senso della uniforme tutela di ciascun diritto (in ipotesi leso in caso di mancata disapplicazione), ma anche nel senso, meno immediato ma centrale, di uniforme bilanciamento o contemperamento (a livello nazionale dove non europeo: ed è appunto questo “spartiacque” uno degli aspetti da approfondire) tra diritti e principi confliggenti o concorrenti (ben potendo non solo la mancata disapplicazione, ma anche la stessa disapplicazione tradursi in una lesione di un diritto o principio fondamentale: in ipotesi, quello “recessivo” che verrebbe negato o compresso attraverso la scelta di dare, in tutto o in parte, la priorità al diritto o principio avvantaggiato dalla disapplicazione).

**PARTE SECONDA**

**LIBRI E RECENSIONI**



**Prefazione a****ROBERTO CONTI*****Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana?*****Roma, Aracne, 2019, pp. 1-164, ISBN: 978-88-255-2450-5****di****ANTONIO RUGGERI**

*Ancora una testimonianza, quella offertaci da R. Conti con il saggio monografico che ora si presenta, della spiccata sensibilità dell'a. per alcune tra le più spinose e inquietanti questioni di biodiritto alle quali è assai arduo e impegnativo dare risposte complessivamente appaganti, che non lascino pur sempre il tarlo del dubbio, sollecitando non di rado il loro ripensamento o, come che sia, l'adattamento a casi della vita continuamente cangianti.*

*Come già in passate occasioni di ricerca, l'a. riguarda al tema oggetto di studio dalla peculiare, illuminante prospettiva della giurisprudenza, anzi delle giurisprudenze, prestando una speciale attenzione al c.d. "dialogo" tra le Corti – com'è in uso chiamarlo, sia pure con la non rimossa ambiguità ma anche l'innegabile efficacia che è propria delle metafore –, un dialogo aperto a tutto campo, coinvolgendo i giudici comuni, il tribunale costituzionale, le Corti europee.*

*Questa opzione ha, senza dubbio, una giustificazione oggettiva che sarebbe persino banale dover qui rammentare, indiscutibile essendo il centrale rilievo che il diritto di matrice giurisprudenziale riveste nella pratica giuridica, ma possiede anche una giustificazione soggettiva, a motivo dell'appartenenza dell'a. all'ordine giudiziario e della lunga esperienza maturata quale operatore del diritto che si è trovato (e si trova) molte volte chiamato a misurarsi coi temi che predilige studiare.*

*Francamente, non saprei dire se il Conti-giudice sia maggiormente debitore ovvero creditore nei riguardi del Conti-studio; so, però, per certo che tutti noi molto gli dobbiamo per gli innumerevoli spunti di riflessione – e lo scritto di oggi ce ne dà tangibile conferma – che a getto continuo ci offre, nei quali le qualità espresse nell'una e nell'altra veste si mescolano e confondono con quelle dell'uomo, componendosi in un'unità significativa degna di ogni apprezzamento.*

*Il vero è che C. parla, sì, del tema che di volta in volta tratta ma parla anche (e soprattutto) di... se stesso; e, pur parlandone in termini impersonali, attraverso i riferimenti fatti al giudice come figura istituzionale, non riesce a celare ciò che egli ha assai di frequente provato (e prova) ogni qual volta si è trovato a doversi misurare con problemi di enorme portata, gravosissimi, che hanno obbligato (e obbligano) a percorsi lunghi e sofferti prima di pervenire ad una soluzione che – come dicevo – è pur sempre giudicata bisognosa di ulteriori verifiche e, se del caso, ripensamenti.*

*Il giudicante può, certo, fare richiamo a pronunzie di questa o quella Corte e, anzi, deve farlo a tutte assieme: una folla di altri giudici è, così, chiamata in campo a dargli sostegno e conforto, ma poi – come lo stesso C. confessa – chi è chiamato a somministrare giustizia è, al tirar delle somme, sempre solo con se stesso, denudato davanti al più severo e implacabile dei giudici, la propria coscienza.*

*Nell'affrontare le questioni di biodiritto, l'operatore può (e deve) attingere a tutte le risorse di cui dispone; proprio per ciò, però, la scelta della soluzione più adeguata al caso si dimostra complessa e problematica, incerta e sofferta allo stesso tempo. E lo è, per il fatto che le questioni stesse si pongono al crocevia di etica, scienza e diritto, e richiedono dunque un plurimo e congiunto orientamento verso i punti di riferimento suddetti. È su questo terreno, arato e reso fecondo attraverso apporti di vario segno e connotazione, che si misura, a conti fatti, l'adeguatezza delle risposte date a domande di giustizia viepiù esigenti e impegnative e la loro rispondenza al complessivo e peculiare modo di essere di ciascun caso, nonché ai valori dallo stesso evocati in campo. Valori che, nella presente congiuntura segnata da una integrazione sovranazionale avanzata*

*e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, non possono più dirsi esclusivi di un solo ordinamento o di una sola Carta costituzionale bensì comuni – perlomeno tendenzialmente – a più ordinamenti o sistemi di norme e a più Carte, e segnatamente alla CEDU ed alla Carta dell'Unione, su cui qui pure come in passato C. giustamente fissa pensoso lo sguardo. Non è, dunque, per mero accidente che, nello scritto che qui si presenta come già in altri anche di respiro monografico dell'a., l'attenzione in modo fermo si appunti allo stesso tempo su tutte le Carte suddette e, perciò, in buona sostanza sulle relative giurisprudenze, per il cui tramite il diritto vigente si converte in vivente e vivificante e illuminante l'esperienza, in alcune tra le sue più rilevanti vicende che trovano quotidiano svolgimento nelle aule dei tribunali.*

*Vi è nel libro (cap. I, § 3) un passaggio, al quale è a mia opinione da assegnare cruciale rilievo, nel quale C. efficacemente argomenta l'idea secondo cui il giudice che non dovesse dare un orientamento etico ai suoi giudizi verrebbe per ciò stesso meno al dovere di fedeltà alla Repubblica e ai suoi valori. Credo che questa conclusione debba valere anche con riguardo al modo di porsi dell'operatore davanti alla scienza, verso la quale pure naturalmente la Carta costituzionale si volge, chiedendo il sussidio di cui ha un disperato bisogno, specie in occasione della trattazione delle questioni maggiormente intricate e impegnative. D'altronde, la stessa giurisprudenza costituzionale, in una sua nota e discussa decisione di qualche anno addietro, la n. 84 del 2016, chiamata a pronunciarsi in merito al divieto di destinazione degli embrioni crioconservati alla ricerca scientifica, ha riconosciuto lo speciale rilievo che va assegnato al progresso scientifico e tecnologico in ordine alla soluzione delle questioni di biodiritto, affermando significativamente che, perdurando le divisioni tra gli scienziati, la Costituzione è costretta a restare "muta" e, pertanto, la disciplina legislativa sub iudice, laddove faccia luogo ad una opzione non irragionevole, si sottrae naturalmente alla sua eventuale caducazione. Rimane, nondimeno, rimesso al legislatore il rifacimento della disciplina stessa, come pure il ripianamento di lacune riscontrabili nel tessuto normativo. Non chiarito, poi, è cosa fare laddove dovesse seguitare l'inerzia degli organi preposti alla produzione giuridica; nel qual caso, le tensioni finiscono fatalmente con lo scaricarsi sul giudice. È quanto, per fare ora solo un esempio con riferimento ad una vicenda cui è fatto richiamo nel libro (cap. I, § 7), è accaduto in relazione al diritto – maltrattato dalla legge – della persona a prendere conoscenza delle proprie origini biologiche, fatto oggetto di ripetute pronunzie, anche recenti, dei giudici, tra le quali una della Cassazione che lo ha considerato valevole altresì nei riguardi dei fratelli.*

*Questo schema è generalizzabile; e torna, dunque, a riproporsi imperiosamente anche in merito alle questioni di fine-vita, al cui esame il libro qui presentato specificamente si dedica, con la consueta profondità di studio, sensibile partecipazione, equilibrio nella ricostruzione che sono qualità proprie dell'a.*

*Riprendendo una indicazione teorica venuta da molti studiosi, anche C. si fa portatore di un modello di relazioni istituzionali che vede impegnato il legislatore a consegnare ai pratici discipline normative duttili ed essenziali, in buona sostanza per principia, restando quindi naturalmente "delegato" ai secondi (e, segnatamente, ai giudici) il compito estremamente disagevole del bilanciamento in concreto dei beni della vita evocati in campo dal caso, specificando ed attuando le indicazioni date dal legislatore. Il punto è, però, che quest'ultimo molte volte tarda ancora oggi ad attivarsi al fine di apprestare tutela a bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale; quando, poi, interviene, non di rado lo fa sfornando discipline vistosamente carenti o afflitte da contraddizioni parimenti gravi e palesi, scaricando pertanto sulle spalle dei giudici il peso, oggettivamente insopportabile, della ricucitura di un tessuto normativo a brandelli.*

*Si coglie così il "ruolo dinamico" – come C. lo chiama (cap. I, § 8) – del giudice, le cui maggiori espressioni si hanno proprio in relazione ai casi in cui questi è chiamato a colmare le lacune del dettato legislativo. In questa opera particolarmente impegnativa e non di rado sofferta, ma anche esaltante e gratificante, il giudice dispone, ad ogni buon conto, di un punto fermo dal quale tenersi: la dignità della persona umana, un autentico "superprincipio", cerniera tra diritti fondamentali e doveri inderogabili di solidarietà (sol che si ammetta che ogni persona ha il diritto alla salvaguardia della propria dignità ma anche il dovere di essere degno e vivere degnamente),*

*partenza ed arrivo insomma di ogni esperienza giuridicamente rilevante, specie di quelle che si immettono e svolgono nel circolo interpretativo che dalla dignità appunto traggono alimento, luce, giustificazione.*

*La dignità – riconosce C., sulla scia di una nota indicazione dottrinale – è concetto impalpabile e indefinibile, per la elementare ragione che fa capo alla humanitas del soggetto, di ogni persona che, puramente e semplicemente, è degna in sé e per sé, per il mero fatto appunto di essere tale e merita pertanto rispetto nella sua dignità, qualunque cosa abbia fatto (e faccia) di buono o di cattivo. Come troviamo scritto ne *Il piccolo principe*, ciò che essenziale è invisibile agli occhi ma, non per ciò, viene meno ovvero se ne smarrisce il significato e il valore, il quale peraltro – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – si intuisce anche se non si definisce, non si riesce cioè a spiegare e descrivere in tutta la sua abbagliante bellezza.*

*C. fa luogo ad un certosino lavoro di scavo e di selezione nella mole imponente della giurisprudenza delle Corti europee, oltre che – naturalmente – in quella nazionale (comune e costituzionale), mettendo in chiaro i molti volti coi quali la dignità si presenta e si fa apprezzare quale il valore dei valori, fondamento e fine dei diritti, e però, al tempo stesso, il più fragile ed esposto a minacce di varia provenienza e virulenza. Il rischio è, tuttavia, che se ne faccia un uso inflazionato e dozzinale che possa quindi ritorcersi, a mo' di boomerang, contro la dignità stessa, finendo con lo svilirne e spegnerne la formidabile vis qualificatoria dell'esperienza. C. mette giustamente in guardia (cap. II, § 3) avverso questo rischio foriero di guasti d'incalcolabile entità e produttivo di effetti ad ogni modo imprevedibili; allo stesso tempo, si fa portatore di un "modello" – se così può dirsi – di dignità che veda nella stessa la massima espressione dell'autodeterminazione della persona e, al contempo, il limite da questa invalicabile, il fine e confine di ogni esperienza di vita.*

*L'autodeterminazione – e il punto è di cruciale rilievo proprio con riguardo alle vicende d'inizio e fine-vita – non è, a me pare, né tutto né niente; sta piuttosto a mezzo dei corni di un'alternativa comunque soffocante, ed è solo mettendo in campo tutte le risorse apprestate dall'etica, dalla scienza e dal diritto che possono (e devono) ricercarsi soluzioni equilibrate, ragionevoli, adeguate a venire incontro ad aspettative largamente ed intensamente coltivate e, al contempo, conformi ai valori, a partire appunto da quello che è il principio e il fine di ciascuno di essi e di tutti assieme, la dignità.*

*In questa chiave, viene riletta la legge 219 del 2017 (capp. II e III), nelle sue più salienti espressioni normative, che sono quindi riportate a questa indicazione metodico-teorica, assiologicamente pregnante, al fine di verificarne la compatibilità.*

*Apprezzamento viene, in particolare, manifestato per la scelta fatta dalla legge nella parte in cui valorizza e responsabilizza il ruolo dei medici e, in genere, di tutti i soggetti coinvolti nella "relazione di cura" – com'è usualmente chiamata – che viene a determinarsi specie nelle cruciali e maggiormente sofferte esperienze di vita, riguardanti le fasi terminali della stessa. Nessun punto di vista, tra quelli manifestati in questa relazione, può esser tralasciato o sottostimato, nessuno può fare a meno dell'altro, tutti dovendosi reciprocamente integrare e dare sostegno, per la elementare ragione che ciascuno di essi, laddove non viziato da preorientamento, matura e si perfeziona solo all'incontro con tutti gli altri assieme.*

*La legge tuttavia non nasconde alcune gravi carenze che ha al proprio interno, puntualmente segnalate da C., carenze che ancora una volta è chiamato a colmare il giudice, addossandosi un onere specie in alcune circostanze gravosissimo. In particolare, ci si sofferma sui casi di conflitto tra medici e malati o di coloro che sono abilitati ad esprimersi in loro vece; casi di per sé sempre drammatici, ancora di più poi laddove ne siano protagonisti i minori, specie i bambini in tenera età, come tra l'altro testimoniano recenti vicende che hanno emotivamente coinvolto la pubblica opinione, alle quali il libro fa puntuale richiamo (spec., cap. III, § 2); e, ancora, si segnala criticamente la mancata previsione della facoltà del minore di una certa età e che abbia superato la soglia di un apprezzabile livello di maturazione di poter far luogo alle DAT.*

*Al tirar delle somme, il best interest of the child non può – come si diceva – che essere vagliato e apprezzato caso per caso, in ultima istanza, dal giudice, rifuggendo da ogni aprioristico, ma sterile,*

*criterio di stampo formale-astratto, inservibile allo scopo e anzi persino dannoso.*

*Qui, davvero – come si vede – il legislatore è obbligato ad arrestarsi, per un suo insuperabile limite: nessuna disciplina a carattere generale può soccorrere per far fronte a vicende continuamente cangianti, in occasione del cui riscontro i punti di equilibrio tra i beni della vita in gioco si spostano di continuo, richiedendo dunque di essere fissati di volta in volta con mano ferma ma anche con tanta, ma proprio tanta, umanità, più ancora che attingendo alle risorse della sapienza giuridica o della fredda informazione scientifica.*

*Quando la legge resta (e – come si è venuti dicendo – a partire da una certa soglia in avanti deve restare) muta, è obbligato a parlare il giudice, con tutto se stesso, mente e cuore: un giudice coraggioso – come riconosce e testimonia C., sin dalle battute iniziali dello scritto – che “crea” la norma buona per il caso, consapevole che la stessa potrà (e dovrà) essere cancellata dalla lavagna per cedere il posto ad un’altra norma, laddove le circostanze lo richiedano.*

*Sì, il giudice crea, e non può non creare, perché non facendolo non potrebbe somministrare giustizia e dare così appagamento ai diritti, restando ad ogni buon conto fedele al proprio ruolo e fedele – come si diceva – alla Repubblica e ai suoi valori. La qual cosa, poi, non significa che possa creare a capriccio o, peggio, senza dar conto del processo passo passo seguito per portare a frutto la propria certostina fatica.*

*D’altro canto, proprio il dialogo tra le Corti si offre quale risorsa preziosa al fine di porre un argine alla deriva soggettivistica, ponendosi – a me pare – quale fattore di stabilizzazione degli indirizzi giurisprudenziali e, a un tempo, del loro incessante rinnovamento in ragione degli sviluppi della scienza e del mutare del contesto in cui ciascuna vicenda processuale s’inscrive e svolge.*

*Dialogare – si è fatto più volte notare – significa solo comunicare, non necessariamente pensarla allo stesso modo; sono tuttavia da tempo convinto (e vado, anzi, sempre di più radicandomi in questo mio convincimento) che, comunicando, siano più le convergenze delle divergenze o dei veri e propri conflitti, che nondimeno pur sempre si hanno e si avranno.*

*Se ne vuole la riprova? Ebbene, basti solo consultare i commentari alle Carte dei diritti (in specie, per ciò che qui maggiormente importa, della CEDU e della Carta dell’Unione) per avere sicura riprova di quanto sia cresciuta la tutela dei diritti proprio grazie al dialogo suddetto: un’autentica fioritura che non ha risentito dei casi di diverso orientamento delle Corti, le quali anzi, proprio al fine di persuadersi a vicenda, sono state naturalmente portate a prospettare letture della Carta di cui ciascuna di esse è garante volte ad innalzare il livello della tutela, a vendere cioè – come suol dirsi – nel mercato dei diritti la merce migliore, la più allettante e adeguata ad offrire l’ottimale servizio alla persona, alla sua dignità.*

*Ovviamente, il compito al quale il giudice è chiamato richiede strumenti il cui utilizzo appare essere estremamente delicato ed impegnativo, strumenti che richiedono dunque di essere messi in atto con oculatezza e accortezza ma anche – come si diceva – coraggio, spirito di servizio, dedizione: un mix di ingredienti bisognosi di ricevere il giusto equilibrio interno, senza il quale il rischio micidiale che si corre è quello di non apprestare adeguata tutela ai beni della vita in gioco, di non fare giustizia giusta insomma.*

*Si pensi, ad es., all’interpretazione conforme, della quale C. non si nasconde pregi e difetti: un meccanismo qualificato nella chiusa del cap. II come “salvifico e virtuoso” ma che pure può rivelarsi un “grimaldello capace di mascherare operazioni che di interpretativo stricto sensu hanno poco o nulla e che si volgono a pratiche manipolative e creative”.*

*Di qui, l’opportuno richiamo fatto, in coda al lavoro, al bisogno di dedicare una cura speciale alla formazione ed all’aggiornamento costante del giudice. Il mestiere di quest’ultimo non è come la bicicletta che, una volta appreso come si sta in equilibrio sulla stessa, non si dimentica più. Il mestiere del giudice, di contro, va ogni giorno sperimentato e affinato senza sosta, attraverso un lavoro incessante che il giudice deve fare su di sé e dentro di sé, nello sforzo di migliorarsi e di restare costantemente in sintonia con i dettami dell’etica, i ritrovati della scienza, le novità legislative e giurisprudenziali, gli spunti della dottrina.*

*Le vicende relative alla fine della vita sono – come si è veduto – un banco di prova*

*particolarmente attendibile del servizio che il giudice può (e deve) offrire alla pratica giuridica ed alle sue esigenze.*

*Questo libro dà indicazioni di ordine teorico-ricostruttivo nei cui riguardi si può consentire o dissentire, riconoscendo ad ogni buon conto l'equilibrio che le connota, lo studio approfondito che le precede e sorregge, la sensibile attenzione, di cui esse danno eloquente testimonianza, verso l'uomo e i suoi più avvertiti bisogni. Un libro, infine, che non si sottrae alla sfida di prospettare soluzioni anche in prospettiva de iure condendo, segnalando le carenze della legge 219 e il carattere riduttivo di alcune sue previsioni (in ispecie con riguardo ai soggetti più deboli ed esposti, tra i quali i minori). Un libro, insomma, che giova non soltanto alla teoria ma anche (e soprattutto) alla pratica, a quella giurisprudenziale come pure a quella legislativa a venire. E di ciò – a me pare – dobbiamo essergli tutti grati.*

# **PARTE TERZA**

## **CRONACHE**

## CRONACHE 2019

### DALLA CORTE COSTITUZIONALE

**\*10.01.19: Comunicato della Corte costituzionale sull'inammissibilità del conflitto tra poteri sollevato sulla legge di bilancio**

[Il testo](#)

**\*09.06.19: Viaggio in Italia: la Corte costituzionale nelle carceri**

Un film documentario di Fabio Cavalli, speciale Tg1 trasmesso il 9 giugno (il [trailer](#) sul sito della Corte: *per visualizzare, aprire in una nuova finestra*)

**\*25.09.19: Comunicato della Corte costituzionale sul fine vita**

[Il testo](#)

**\*23.10.19: Comunicato della Corte costituzionale sul cd. "ergastolo ostativo"**

[Il testo](#)

**\*28.11.19: Eletto dalla Corte di Cassazione, Stefano Petitti, Presidente della seconda sezione civile della Suprema Corte, nato a Roma il 2 settembre 1953, entrerà far parte del collegio della Corte costituzionale, subentrando al Giorgio Lattanzi, attuale Presidente, il cui mandato da giudice scadrà il 9 dicembre prossimo.**

[Il comunicato](#)

**\*29.11.19: La reazione di Papa Bergoglio alla [sentenza "Cappato"](#): "Queste considerazioni sembrano distanti dalle sentenze che in tema di diritto alla vita vengono talora pronunciate nelle aule di giustizia, in Italia e in tanti ordinamenti democratici. Pronunce per le quali l'interesse principale di una persona disabile o anziana sarebbe quello di morire e non di essere curato; o che – secondo una giurisprudenza che si autodefinisce "creativa" – inventano un "diritto di morire" privo di qualsiasi fondamento giuridico, e in questo modo affievoliscono gli sforzi per lenire il dolore e non abbandonare a sé stessa la persona che si avvia a concludere la propria esistenza".**

[Il testo del discorso](#)

**\*10.12.19: Ha giurato nelle mani del Capo dello Stato il nuovo Giudice costituzionale Stefano Petitti**

[Il comunicato](#)

**\*11.12.19: È Marta Cartabia la nuova Presidente della Corte costituzionale!**

[Il comunicato](#)

## CRONACHE 2019

### DALLE ISTITUZIONI

\* 31.12.19 - “La democrazia si rafforza se le istituzioni tengono viva una ragionevole speranza.

E’ importante anche sviluppare, sempre di più, una cultura della responsabilità che riguarda tutti: dalle formazioni politiche, ai singoli cittadini, alle imprese, alle formazioni intermedie, alle associazioni raccolte intorno a interessi e a valori. La cultura della responsabilità costituisce il più forte presidio di libertà e di difesa dei principi, su cui si fonda la Repubblica. Questo comune sentire della società – quando si esprime – si riflette sulle istituzioni per infondervi costantemente un autentico spirito repubblicano.”

[Il testo del discorso di auguri del Capo dello Stato per il nuovo anno](#)

\* 18.12.19 - “Il tradizionale e frequente augurio “felice anno nuovo” esprime il fascino e la suggestione del futuro. È paradossale – proiettati, come già siamo, nel domani – che venga contraddetto da spinte e aspirazioni di ritorno a condizioni del passato; a un passato impossibile perché rimosso dalla realtà. Una scelta siffatta condurrebbe inevitabilmente a un rapido e malinconico declino.».

[Il testo del discorso del Capo dello Stato alla cerimonia dell’augurio](#)

\* 09.12.19 - “L’evasione fiscale (...) anche lì il problema è di norme, di interventi, di controlli, di verifiche -che stanno dando qualche risultato -ma è soprattutto di cultura e di mentalità, di capire che in un’associazione, in una società, in una convivenza, tutti devono contribuire allo sforzo comune. C’è chi lo fa con onestà e c’è chi lo fa sfruttando quanto gli altri fanno: e questo non è giusto».

[Il testo dell’intervento del Capo dello Stato](#)

\* 18.11.19 -“La Corte [dei conti] ha il compito di garantire, innanzitutto, una rappresentazione attendibile dei profili finanziari dello stato del Paese e le sue analisi contribuiscono a individuare priorità, a tenere conto di vincoli che derivano dalla nostra condizione e a formulare valutazioni perché il Parlamento e il Governo possano compiere le scelte più opportune”.

[Intervento del Capo dello Stato all’incontro con i magistrati della Corte dei conti di nuova nomina](#)

\* 09.10.19 - La Corte europea dei diritti dell’uomo respinge il ricorso dell’Italia e rende definitiva

[La decisione sul caso del cd. ergastolo ostativo.](#)

[Il testo del comunicato](#)

\* 03.10.19 - Il Capo dello Stato in un discorso a Milano: “Così come eguaglianza, solidarietà e rispetto devono prevalere nei rapporti interni a una comunità, allo stesso modo questi criteri devono trovare applicazione nella vicenda internazionale. Pace e giustizia divengono, dunque, doveri degli Stati nei rapporti internazionali.

[Il testo del discorso](#)

\* 20.09.19 - L’“assoluto rispetto dell’indipendenza della Corte Costituzionale” da parte della Presidenza della Repubblica

[Il comunicato del Quirinale](#)

\* 13.09.19 - Al completo la nuova Commissione UE per la IX legislatura europea

[L’organigramma](#)



\* 10.09.19 - **Il Governo Conte 2 completa l'iter della fiducia al Senato**

**L'esito della votazione**

\* 10.09.19 - **Editoriale**

**Il programma di riforme istituzionali del II Governo Conte: andante ma non... troppo (di Antonio Ruggeri)**

\* 09.09.19 - **La fiducia accordata dalla Camera al Governo Conte 2**

**L'esito della votazione**

\* 09.09.19 - **"... concedetemi innanzitutto di rivolgere un saluto e un ringraziamento al Presidente della Repubblica, il quale anche in queste ultime fasi sì determinanti per la vita della nostra Repubblica, esercitando con scrupolo le proprie prerogative costituzionali, ha guidato il Paese con equilibrio e saggezza ed è stato un riferimento imprescindibile per tutti"**

**Il testo del discorso**

\* 07.09.19 - **"Coesione e crescita sono gli obiettivi ai quali guardare e il necessario riesame delle regole del Patto di Stabilità può contribuire a una nuova fase, rilanciando gli investimenti in infrastrutture, reti, innovazione, educazione e ricerca"**

**Il messaggio del Capo dello Stato al Forum Ambrosetti**

\* 06.09.19 - **La fiducia al nuovo Governo**

**La tempistica nell'editoriale odierno (Calendarizzate le fiducie al Governo Conte II)**

\* 05.09.19- **Editoriale**

**Il Governo Conte II al via**

\* 04.09.19 - **La nomina del nuovo Governo da parte del Capo dello Stato**

**La composizione**

\* 04.09.19 - **"Questo confronto tra prospettive differenti, opinioni diverse e diverse valutazioni, è prezioso per me, come per chiunque. E, ancora una volta, sottolinea l'importanza e il valore della libera stampa"**

**Il saluto alla stampa del Capo dello Stato**

\* 04.09.19 - **Il Presidente del Consiglio incaricato ha sciolto (positivamente) la riserva**

**Il comunicato del Quirinale**

\* 04.09.19 - **Editoriale**

**Alcune cose ridette sui referendum**

\* 04.09.19 - **Ultime battute per lo scioglimento della riserva da parte del Presidente del Consiglio incaricato?**

**La notizia**

\* 30.08.19 - **Incontro del Presidente del Consiglio incaricato con il Capo dello Stato.**

**La notizia**

\* 29.08.19 - **Le consultazioni del Presidente del Consiglio incaricato.**

**Il calendario**

\* 29.08.19 - **Editoriale (II)**

**C'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico**

\* 29.08.19 - **Il Presidente della Repubblica affida a Giuseppe Conte l'incarico di formare un nuovo Governo.**

**Il comunicato del Quirinale**

\* 29.08.19 - **Editoriale (I)**

**Perimetro della Costituzione e riposizionamento della politica**

\* 28.08.19 - **Il Presidente della Repubblica convoca Giuseppe Conte in esito alle consultazioni.**

**Il comunicato del Quirinale**

\* 26.08.19 - **Le nuove consultazioni del Capo dello Stato.**

**Il calendario**

\* 23.08.19 - **Editoriale**

**Principio di laicità, "incoscienza religiosa" e responsabilità di governo**

\* 22.08.19 - **Le consultazioni d'accapo martedì 27 agosto.**

**Le dichiarazioni del Capo dello Stato**

\* 21.08.19 - **Editoriale**

**Crisi di governo e azzardi costituzionali**

\* 20.08.19 - **Subito al via le consultazioni del Capo dello Stato.**

**Il calendario**

\* 20.08.19 - **Il Presidente del Consiglio Conte si è dimesso.**

**Il comunicato del Quirinale**

\* 20.08.19 - **Le comunicazioni del Presidente del Consiglio Conte al Senato.**

**Il testo del discorso**

\* 14.08.19 - **Editoriale**

**Il Governo in Parlamento e la Costituzione**

\* 13.08.19 - **A dopo Ferragosto le comunicazioni del Presidente del Consiglio Conte.**

**Il calendario della crisi**

\* 10.08.19 - **Editoriale**

**I "pieni poteri" e la Costituzione**

\* 09.08.19 - **La richiesta dei "pieni poteri" da parte del Ministro dell'interno.**

**Le dichiarazioni di Matteo Salvini**

\* 09.08.19 - **Editoriale**

**Il "capitale" e la Costituzione**

\* 08.08.19 - **Il Presidente della Repubblica promulga la legge di conversione del cd. decreto sicurezza *bis*, ma richiama l'attenzione sui profili critici dell'atto normativo.**

**Il messaggio del Capo dello Stato**

\* 08.08.19 - Il Presidente del Consiglio formula dichiarazioni circa l'intenzione di una forza politica (Lega - Salvini Premier) di abbandonare la coalizione di Governo in vista di nuove elezioni.

[Il discorso del Presidente de Consiglio](#)

\* 30.07.19 - Il Comitato Nazionale di Bioetica si pronuncia sul caso Cappato.

[Testo del parere: Riflessioni bioetiche sul suicidio medicalmente assistito](#)

\* 25.07.19 - Il Presidente della Repubblica è chiamato dalla Costituzione – come è noto, come arbitro – al dovere di garantire funzionalità alla vita istituzionale nell'interesse del nostro Paese.

[Il discorso del Presidente della Repubblica alla stampa in occasione della cerimonia del ventaglio](#)

\* 01.07.19 - ... tutte queste vicende richiamano alla necessità che il fenomeno migratorio sia governato dall'Unione europea nel suo complesso.

[Dichiarazioni alla stampa del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella al termine del colloquio con il Presidente Van der Bellen in occasione della visita di Stato in Austria](#)

\* 21.06.19 - “Indipendenza e totale autonomia dell'Ordine Giudiziario sono principi basilari della nostra Costituzione e rappresentano elementi irrinunciabili per la Repubblica. La loro affermazione è contenuta nelle norme della Costituzione ma il suo presidio risiede nella coscienza dei nostri concittadini e questo va riconquistato”

[Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella all'Assemblea plenaria straordinaria del Consiglio Superiore della Magistratura](#)

\* 13.06.19 - Il Presidente della Repubblica ha indetto per il 6 e 7 ottobre 2019 elezioni suppletive di due componenti magistrati del Consiglio Superiore della Magistratura

[Il testo del comunicato](#)

\* 10.06.19 - “L'accesso al lavoro rimane una precondizione per l'inclusione sociale e per lo sviluppo dell'individuo.”

[Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella alla CVIII Conferenza internazionale del Lavoro](#)

\* 01.06.19 - “Va ricordato che – in ogni ambito - libertà e democrazia non sono compatibili con chi alimenta i conflitti, con chi punta a creare opposizioni dissennate fra le identità, con chi fomenta scontri, con la continua ricerca di un nemico da individuare, con chi limita il pluralismo”

[Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione del Concerto in onore del Corpo Diplomatico accreditato presso lo Stato Italiano](#)

\* 01.06.19 - “Nel vostro costante impegno a tutela della sicurezza e serenità della convivenza, vi orienta lo spirito della Costituzione repubblicana, dei diritti e doveri dei cittadini che essa proclama così come dei limiti che pone alle autorità, nel segno del primato della legalità”

[Messaggio del Presidente Mattarella ai Prefetti in occasione della ricorrenza della Festa della Repubblica](#)

\* 01.05.19 - La difesa dei diritti ha una concretezza che può essere assicurata solo da una presenza costante, sul campo. Il lavoro non deve perdere il suo carattere di motore di dignità

[Intervento del Presidente della Repubblica per il 1° maggio](#)

\* 26.04.19 - Legittima difesa: Mattarella ha promulgato la legge e ha inviato una lettera ai Presidenti di Senato, Camera e del Consiglio dei Ministri

[il testo del comunicato stampa e della lettera](#)

\* 22.02.19 - Per la maggior parte degli altri Stati nazionali, fra cui i paesi europei, indipendenza e sovranità non coincidono. L'Unione europea è la costruzione istituzionale che in molte aree ha permesso agli Stati membri di essere sovrani. È una sovranità condivisa, preferibile a una inesistente. È una sovranità complementare a quella esercitata dai singoli Stati nazionali in altre aree. È una sovranità che piace agli Europei.

[il testo della lectio di Mario Draghi per la laurea ad honorem bolognese](#)

\* 18.02.19 - La “domanda di autorizzazione a procedere” in giudizio ai sensi dell'[articolo 96 della Costituzione](#) nei confronti del ministro per l'interno per il reato di cui all'articolo 605, commi primo, secondo, numero 2, e terzo, del codice penale (sequestro di persona aggravato)

[il testo della richiesta del “Tribunale dei Ministri” di Catania](#)

\* 29.01.19 - “The ship has not been allowed to enter the harbour and the applicants complain that they are detained on board without legal basis, suffering inhuman and degrading treatment, with the risk of being returned to Libya without evaluation of their individual situation”

[il testo del comunicato stampa](#)

\* 24.01.19 - Un sistema infernale che ha potuto distruggere milioni di vite umane innocenti nel cuore della civiltà europea, soltanto perché, accanto al nefando pilastro dell'odio, era cresciuto quello dell'indifferenza.

[il testo della discorso nel Giorno della Memoria della Shoah](#)

\* 23.01.19- La democrazia è una condizione delicata, la cui cura viene affidata alle istituzioni ma, in misura non minore, è affidata alla responsabilità e ai comportamenti dei cittadini, in tutti i luoghi in cui si sviluppa la loro presenza

[il testo della discorso nell'anniversario dell'uccisione di Guido Rosaa](#)

\* 04.01.19 - Lettera del Capo dello Stato al Presidente del Consiglio sul decreto sicurezza e immigrazione

[il testo della lettera](#)

## CRONACHE 2019

### DALL'UNIONE EUROPEA

\* 18.12.19 - **Discorso del Presidente del Consiglio europeo Charles Michel in occasione della celebrazione del decimo anniversario del trattato di Lisbona.**

**[Il testo del discorso](#)**

\* 27.11.19 - **Il Parlamento europea ha votato oggi, con 461 voti favorevoli, 157 contrari e 89 astensioni, per la nuova Commissione europea presieduta da Ursula von der Leyen, che entrerà in funzione il 1° dicembre prossimo.**

**[Il programma della Presidente della nuova Commissione](#)**

\* 28.10.19 - **Mario Draghi cessa dalla carica di Presidente della Banca centrale europea (BCE) giovedì 31 ottobre 2019 (era stato nominato il 1° novembre 2011 ed ha assolto a due mandati consecutivi). È stato il terzo a ricoprire la carica dopo il francese Jean-Claud Trichet e l'olandese Wim Duisember. Al via l'era di Christine Lagarde.**

**[Un bilancio della prestigiosa in un recente intervento di Mario Draghi:](#)**

\* 16.10.19 - **La nomina della rumena Laura Codruța Kövesi a primo Procuratore capo europeo è stata confermata anche dal Parlamento europeo.**

**[Il curriculum della neominata](#)**

# **ABSTRACT**

## ABSTRACT

### MEMORIE COSTITUZIONALI

**1° GIUGNO 1869 – 1° GIUGNO 2019**

Un Savoia sul trono di Spagna

A Savoy king on the Spanish throne

*The article recalls the historical context in which the Spanish Constitution of June 1, 1869 was approved. The constitution, fruit of the Glorious Revolution, which had exiled the Bourbons, had remained monarchical. On the throne of Spain he was called Amedeo di Savoia, duke of Aosta and son of the king of Italy, Vittorio Emanuele II. The failure of this choice and the contradictions contained in the Constitution were associated with an extremely unstable, fragmented and polarized political structure. The article therefore describes the reasons and the modalities of the failure of the Glorious Revolution and in substance also of the cd. democratic sexennium: then the fall of the constitutional monarchy of Amedeo I and also of the subsequent ephemeral first Spanish Republic (1869-1874).*

**3 LUGLIO 1869 – 3 LUGLIO 2019**

“... una sola luminosa eccezione ...”

La Costituzione della Repubblica romana del 1849

“A only one bright exception”

The Constitution of the Roman Republic of 1849

*The essay examines the historical events that led from the end of the political experience of the Roman Republic, to the approval of the relative Constitution, as well as the exceptional actuality of the the constitutional project that should have supported it*

**11 AGOSTO 1919 – 11 AGOSTO 2019**

Litt die Weimarer Republik an einem Geburtsfehler?

Did the Weimar Constitution suffer from a genetic defect?

*The theme of the contribution is the re-enactment of the Constitution of the German Empire of 11 August 1919, better known as the Weimar Constitution.*

*The Constitution was adopted on July 31, 1919, after just over five months of sessions. A very dense work to which the political role of the Constituent Assembly was superimposed.*

*The contribution describes the turbulent and sometimes dramatic climate that preceded and accompanied the drafting of the Constitution, to then identify its essential characteristics, as well as the probable causes of its crisis, from which, as is known, the seizure of power of National Socialism began.*

## STUDI

**ALESSANDRO MORELLI**

La “ribellione” dei sindaci contro il “decreto sicurezza”: la tortuosa via per la Corte costituzionale

*The "rebellion" of the mayors against the "security decree": the tortuous way to the Constitutional Court*

*The Author takes cue from the declared intention of some mayors not to apply Decree Law 113 of 2018 (the so-called "security decree"), and recognizes the problematic issues that it arises. The Article highlights there is a clear a prohibition of registration of asylum seekers because of the ambiguity of the Decree's provisions and the doubts of constitutionality that they raise. Secondly, the Author remarks the troubles faced by the mayors who could find themselves in the position of applying an unconstitutional rule without being able to refer the matter directly to the Constitutional Court. Therefore, there is a in doing so identifying a "shady area" of constitutional justice. Finally, the Author discusses to the idea of "invalidity in the strong sense", whereby the rule, whose flows are so serious that it must be considered null and void, can be disappplied by anyone (F.P.).*

**HENRI SCHMIT**

La logica elettorale

The electoral logic

*This article starts from the assumption that no general theory on electoral democracy mechanisms, connected to a theory of democratic representation, exists. Against this scenario, the Author discusses the key concepts of monocentric election. In this way he notes how theory has been superseded by very varied concrete systems, which are often controversial, but are nevertheless tolerated due to the absence of a strong theoretical background. With regard to proportional representativeness, the author notes that current rules tend to favor those who decide the candidatures and the candidates, proposing the reassertion of fundamental logical and legal principles as a remedy (F.P.).*

**LARA TRUCCO**

Audizione senatoriale in merito al d.d.l. n. 881 "Legge elettorale: per una determinazione dei collegi indipendente dal numero dei parlamentari" (Commissione Affari Costituzionali del Senato – giovedì 29 novembre 2018)

*Hearing on the d.d.l. n. 881 on "Electoral law: for a determination of the colleges independent of the number of parliamentarians" (Constitutional Affairs Commission of the Senate - Thursday 29 November 2018)*

*The Author focuses on draft law S. 881, dealing with the establishment of constituencies independently from the number of the members of Parliaments (hereinafter, MPs). This bill, read together with the project of constitutional reform (draft const. law S.805), aims at replacing the currently fixed number of constituencies and seats with a varying ratio. The resulting legislation, in case the number of MPs were not reduced, would not affect the number of uninominal seats for the Camera dei Deputati and Senato della Repubblica. However, if the number of MPs would decrease, the representativeness of the Parliament would be prejudiced. At the same time, the power of party secretariats and the majority effect of the electoral system would grow. The Author also notes that there is a strong risk of escalation of the gap between the ex ante number of seats and average population. Finally, the Author argues that the combination of the two draft laws (the one amending electoral legislation and the other aiming at changing the Constitution) would be able to solve the problem consisting of vacant seats with a number of candidates for each list equal to the average number of seats to be assigned, although the outcome would be mitigated by the unchanged possibility for each candidate to run for more than one constituency (F.P.).*

**GIOVANNI TARLI BARBIERI**

Il sistema elettorale per l'elezione dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia: problemi e prospettive dopo la sent. 239/2018 della Corte costituzionale

*The electoral system for the election of the members of the European Parliament due to Italy: problems and prospects after sent. 239/2018 of the Constitutional Court*

*Constitutional Court's [decision 239/2018](#) is part of an approach that had different effects on electoral legislation for the European Parliament and for the national Parliament. After examining the Court's case law, the Author identifies the decision at stake as a turning point, since it is grounded on reasons related to the evolution of the form of government of the European Union and the functioning of the European Parliament. These arguments are crucial in mapping out the EU's "form of government". Finally, the Author proposes amendments to Law 18/1979 aimed at "returning" seats to constituencies after the first allocation at the national level and, at the same time, at the protection of representative lists of linguistic minorities (F.P.).*

**ANTONIO RUGGERI**

Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio

*The future of fundamental rights, six emerging paradoxes on the occasion of their protection and the search for ways to at least partially remedy*

*The author focuses on the future of fundamental rights starting from their current evolution and expansion, recognizing the theoretical difficulties in identifying new ones. Six characteristic paradoxes come to light: an increase in the number of rights and of those who enjoy them corresponds to a decrease in the resources available for them; in order to protect rights, judges make political decisions prejudicing their own role, consisting of the protection of rights; emergency rules penalize rights and judges often find themselves legitimizing them for the sake of the emergency situation often originated or fueled by bad rules; regional autonomy was designed to safeguard rights, but the need to guarantee these rights is the reason why it is currently limited; the adoption of abnormal acts by public bodies very often involves abnormal reactions from other bodies, with unpredictable effects on rights; the hierarchical order of the charters of rights ends up affecting rights themselves. On the basis of these paradoxes, the author discusses the features of a constitutional nationalism (F.P.).*



**MARCELLO DI FRANCESCO TORREGROSSA**

La competenza statale nel processo di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni

State competence in the digitalisation process of public administrations

*In the new economy, characterized by a pivotal role of information, public authorities are shifting from being a "tool of state's public policies" to "economic operators". In this regard, e-government has historically been proposed as a different model of administration, overcoming, through the active participation of citizens, the idea that citizens themselves are merely subject to administration or customers. In this context, the State, and on its behalf the Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), achieves a centralization of the powers of guidance and technical coordination. In addition to the AgID, there is the Extraordinary Commissioner for the Digital Agenda, who is vested, among other things, with substitution powers. Points of connection as well as overlaps will be highlighted (F.P.).*

**ANTONIO RUGGERI**

Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo... virtuale o in astratto (nota minima a Corte cost. n. 17 del 2019)

The parliamentarian and his recognition as "state power" only ... virtual or in the (minimum note to Constitutional Court n. 17 of 2019)

*The Author comments Italian Constitutional Court's decision n. 17 of 2019, underlining how, although a timid and cautious opening to the admissibility of conflicts between powers that have as applicant individual members of Parliament can be found in it, specifying at what conditions the admissibility in word can take place, nevertheless these conditions are equally shrouded by a conceptual fog that the Court would seem to allow herself from time to time, thinning it out according to occasional conveniences and as a consequence of balancing operations with unforeseeable outcomes. (F.B.)*

**ENTECLA CUKANI**

Il right to ridicule a religion in Gran Bretagna: espressione satirica e libertà di religione al tempo delle migrazioni

The right to ridicule a religion in Great Britain: satirical expression and freedom of religion at the time of migration

*The contribution, starting from the cases of the satirical cartoons by Jylland-Posten and Charlie Hebdo, is focused on the relationship between freedom of expression and religious freedom in the light of the "super-principle" represented by national security. The right to satire and, more generally, the common law blasphemy in Great Britain, due to the country's multicultural vocation, presents particularly interesting aspects of particular interest that can be analyzed through the study of jurisprudence. The offence of blasphemy in its jurisprudential evolution (starting from the Taylor case in 1676) has shifted from the exclusive protection of religion to the protection of the sentiment of believers, highlighting the courts' restraint to rule on the balance between freedom of religion and expression. The adoption of the Religious Hatred Act of 2007, which criminalizes incitement to hatred against a person on the basis of religion, and the repeal in 2008 of the blasphemy offence, which has represented the confessionalization of ethnicity, constitutes the latest manifestations of the multicultural nature of the British system (F.P.).*

**ANTONIO RUGGERI**

Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)

Conceptual misunderstandings and improper use of decision-making techniques during a thorny, disquieting and unfinished affair to date (in the margins of the Court of Constitutional Law n. 207 of 2018)

*The author analyses Ordinance No. 207 of 2018 on the basis of the fundamental values of dignity and life, identifying in the Court's decision a distortion of the "right to life" into a "right to assisted death". Such a twist derives from the reduction of human dignity to mere self-determination of the individual as well as from the confusion between dignity and quality of life. The author warns in relation to the argumentative technique of "contrarius actus" used by the Court, arguing that there is no specular freedom to return to the ex ante situation (which, in this case, has allowed a form of active euthanasia). Finally, the author identifies the creation of a new decision-making technique that goes beyond the Constitutional Court's powers to manage the constitutional process.*

**ANTONIO RUGGERI**

La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)

The Constitutional Court revises the relationship between Euro-Union law and domestic law with a pronouncement "in chiaroscuro" (at the first reading of the Court cost. No. 20 of 2019)

With Const. Court [decision no. 20/2019](#) the fluidity of the relations between Courts has been confirmed as well as the re-expansion of the role of the preliminary ruling, after that [decision no. 269/2017](#) had set some limits. At the same time, some disruptions with regard to the basic rules of constitutional proceedings are evident.

The obstacle of inadmissibility has been overcome through the extension of the centralized review to the violation of supranational norms "connected" to the Charter of Nice, on the ground of the "constitutional dimension of the matter".

Such result is accompanied by the deconstruction of the parameters of the constitutional review and, on the other hand, by the deconstruction of the priority in ascertaining compliance with the Constitution rather than with the rules of the European Union.

The Constitutional Court seems to have clarified again the scope of the preliminary ruling, without any limits, although it seems that there might still be some possible "short-circuits" due to the attraction to the centralized review of conflicts between internal rules and European self-executing provisions (S.P.).

### **PASQUALE COSTANZO**

#### **Brief remarks on the amicus curiae before the Italian Constitutional Court**

The well-established case law of the Italian Constitutional Court concerning the right of third-parties to join constitutional proceedings has to be reconciled with the need to ensure compliance with the constitutional principle of adversarial proceedings.

In some cases, [including judgments nos. 150 of 2005](#) and [129 of 2006](#), indeed, the participation of third parties has been regarded as separated from the particular interests at stake, i.e. in terms of amicus curiae, without providing any overruling of the strict position of the Court. Such stance, however, is not devoid of rationality in favoring only the participation of third parties directly or indirectly affected by the dispute.

Indeed, it seems that the way towards such a changed might be paved by the abandonment of the view of third parties as amici curiae in the effort of strengthening the current powers of inquiry provided to the Court, such as the hearing of subjects with direct knowledge of the issues, as the French Conseil Constitutionnel does through the "auditions" (S.P.).

### **TANIA GROPPI**

#### **Interventions by third parties and amicus curiae: from a comparative perspective, a look at constitutional justice in Italy**

The participation of third parties to constitutional proceedings currently represents a traditional topic within the study of constitutional review, both in Italy and under a comparative perspective; the comparison with foreign experiences seems to suggest that the Italian Constitutional Court is less "relational" than other courts.

Under comparative law we may appreciate the trend to open the trial beyond the original parties, especially in common law systems where the amicus curiae seems to have replaced some typical activities of judicial inquiry of civil law courts. Furthermore, the participation of third parties before the supranational courts seems particularly interesting provided that their decisions are more likely able to influence the jurisdictions of the member states.

In such a framework, in order to open the constitutional proceedings to external subjects the possible solution seems to be the "double track" between the intervention of third parties connected to the right of defense and the argumentative-participatory contribution that characterizes the amicus curiae (S.P.).

### **CARMELA SALAZAR**

#### **Diritti e algoritmi: la gig economy e il "caso Foodora", tra giudici e legislatore**

#### **Rights and algorithms: the gig economy and the "Foodora case", between judges and legislators**

The paper analyzes the problems and risks, especially related to the possible violations of workers rights protected by the Constitution, which are connected to the so-called gig economy or "economy of little jobs". The constitutional principle of guarantee of work, in particular, requires that the involvement of the human being is strongly protected, in order to constantly adjust the legal system to the different needs of workers, not always implemented by the legislator.

Nevertheless, in the Foodora case, dealing with the claims of the so-called riders, both the first instance Court and the Court of Appeal of Turin have failed to give ground to the above mentioned constitutional principles in order to decide the cases.

In this framework, the scientific debate seems to suggest the opportunity of an intervention by the legislator with the purpose of protecting workers in the form of app-driven jobs, in compliance with constitutional principles (S.P.).

### **ANTONIO RUGGERI**

#### **Relations between European Courts and national judges and the swing of the pendulum**

The relation between the Courts, with the its fluidity and oscillations, may find criminal law as a particularly rich field with regard to theoretical-reconstructive analysis. This is demonstrated by the "Taricco" decision, which led to a

fully-fledged reversal of the relations between legal systems, with a "swing of the pendulum" between integration and separation. In this perspective, while decision [n. 269 of 2017](#) has operated a new "centralization" - further remarked by [decision n. 20 of 2019](#) - with regard to the resolution of conflicts between EU and domestic law, a sort of boomerang effect of these decisions can be highlighted with respect to the "Europeanization" of the protection of fundamental rights.

The further openings provided by [decision no. 63/2019](#) seem to be suitable to determine a possible "short circuit" of the system with regard to conflicts of norms concerning supranational self executing provisions.

Facing the above mentioned phenomena, an overall rethinking of the model of relations between legal systems seems necessary, not just on the basis of the nature of the legal sources ut sic considered, but with a view to the "quality" of norms produced by such sources.

Moreover, constitutional case law related to the status of the ECHR in the domestic legal system (and to the binding nature of supranational case law) appears to be oscillating and uncertain, also in view of [decision n. 25 of 2019](#), in which the Court admitted that the case law of the Court of Strasbourg may recognize, "in certain cases", a broader protection.

Finally, within recent developments, it is possible to underline, on the one hand the different animus of European Courts and the constitutional judges as per reciprocal relations and influences and, on the other hand, the broader openness shown by domestic judges, especially by the Italian Court of Cassation, towards European courts (S.P.).

#### **FRANCESCA DONA'**

##### **Contemporary dynamics of sub-national governments and Courts: a challenging shared path**

There is a very close tie which binds the sub-national governments dynamics and the constitutional justice's system, which is evident by Court's role in deciding on the distribution of power issues between the central and the local governments. But, nowadays, the connection through those two areas is no longer just a problem of separation of responsibilities of the State and the sub-national bodies: to date, this bond reveals a new intimate relationship among the government and the citizens. The analysis of these up-to-date issues can be no longer carried on according to the traditional categories of public law: it needs to follow new outlines, which are directly offered by the factual experiences, even in a comparative perspective.

This paper aims to introduce and to compare those novel tools, which should be applied to study the phenomenon of sub-national governments and its effects on the constitutional justice system: starting from the constitutional framework, it has to be considered the differentiation trend of the subnational governments, the innovative decisions of the Supreme or Constitutional Courts about that arrangement and the role of territorial referenda. In that view, the Italian and the British legal systems offer several cues to prove this institutional change put into act and to operate a wider review on the new paradigms of constitutional law based on the recognition of the principles of differentiation and pluralism (F.D.).

#### **GIADA BRAMBILLA**

##### **La bandiera italiana: tra unità e differenziazione**

##### **The Italian flag: between unity and differentiation**

The author deals with Veneto's regional law n. 28/2017 and with the doubts of constitutionality that it raised: doubts which were considered founded by the Constitutional Court with [sentence n. 181 of 2018](#), which declared the unconstitutionality of some of the provisions of the regional law n. 28/2017 for violation of the constitutional rules on the allocation of legislative powers between the State and the Regions. These events provide the starting point for a brief study of the role of the flag as a symbol of unity, according to Article 12 of the Constitution, and also for some observations on the institutional context and on the perspective of a variable-geometry regionalism (V.S.).

#### **VINCENZO SCIARABBA**

##### **Methods of protecting fundamental rights between national and European sources and courts: a Cartesian scheme in the lawyer's perspective**

The Author focuses on the multiple tools available to lawyers in order to pursue the best possible protection of fundamental rights enshrined in the most important national and supranational sources (in particular: Italian Constitution, ECHR and EU Charter of Fundamental Rights). After some remarks about the importance of a constitutional approach to this complex issue and about the respective role of the various Courts, and lawyers themselves, in the light of the constitutional jurisprudence concerning the ECHR and the EU Charter, the Author tries to outline and illustrate a sort of "Cartesian scheme" that neatly encompasses all the main methods, tools and mechanisms for protecting fundamental rights, with specific reference to the three legal sources mentioned above and to the various courts in which these sources can be used, in different ways (V.S.)

**ANTONIO RUGGERI**

Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)

One more step ahead of the Consulta along the path of "dialogue" with the European Courts and national judges (in the margins of the Court cost No. 117 of 2019)

The present Article comments Italian Constitutional Court's [decision n. 117 of 2019](#), taking into account the background represented by previous case law of the Court dealing with the relationship between the European Court of Justice and national courts. In particular, the Author recognizes that the commented judgment is not a fully-fledged revirement, but it still has some relevant aspects on which he dwells. The conclusion of this work focuses on the direct application of the Charter of fundamental rights of the European Union (C.G.).

**ENTELEA CUKANI**

Soggetti vulnerabili e tutela dei diritti: il caso dei minori stranieri non accompagnati

Vulnerable subjects and protection of rights: the case of unaccompanied foreign minors

Unaccompanied foreign minors (UAMs) constitute an increasingly large part of the immigrant population. Because of the more vulnerable condition, they are the recipients of specific rights and guarantees. However, the condition of vulnerability poses many problems in reference to the methods of effective implementation of the system of rights which they hold. Besides the innovations introduced by law n. 47/2017, the "security decree" foresees some novelties causing, in some respects, an involution in the system of rights and guarantees of UAMs. The aim of this paper is to highlight some of the most critical issues in the effective implementation of the rights of subjects typified by legal systems on the basis of their "greater vulnerability" (E.C.).

**ANTONIO RUGGERI**

Costituzione e formazioni sociali: modello ed esperienze a confronto (note minime, introduttive ad un dibattito)

Constitution and social formations: model and experiences compared (minimum notes, introductions to a debate)

This article deals in particular with three issues: a) to what degree it is possible to discuss issues related to social groups from a theoretic and unitary perspective without forcing the distinctive features of each of them; b) what is the correct standpoint to examine how social groups that are considered by the Constitution changed and which are the method and the criterion (or criteria) to be followed; c) the relationship between individuals and social groups to which they belong, focusing in particular on cases of conflict. The conclusions of this work dwell on the influence between rules and regularity as well as on the need of a new constitutional framework governing social groups.

**ALFONSO CELOTTO**

Il doppio mandato degli Avvocati dinanzi alla Corte costituzionale

The double mandate of the Lawyers before the Constitutional Court

Since the "Roosvelt amendment" (1951) to the US Constitution, the no dual mandate rule has always given rise to thorny issues. Nowadays, the Italian Constitutional Court has been asked by the "Consiglio Nazionale Forense" to assess the constitutional legitimacy of the no dual mandate rule with regard to the Italian Bar Association, also from a diachronic perspective (A.C.).

**JACOPO FERRACUTI**

Polizia giudiziaria e autonomia della magistratura in un interessante conflitto tra poteri su atto legislativo. A margine di Corte cost., sent. 6 dicembre 2018, n. 229

Judicial police and autonomy of the judiciary in an interesting conflict of powers over a legislative act. Remarks on the the Constitutional Court, 6 December 2018, n. 229. The Constitutional Court, in [its judgment n. 229/2018](#), ruling again on the principle of separation of power, come to the defence of the constitutional powers of the public prosecutor, avoiding that the legislator, with his intervention, may give rise to executive powers undue interferences in the activity of conducting investigations carried out by the investigating magistrates. The decision is relevant also because it has been delivered on the outcome of a power struggle between State powers concerning a legislative act, within which the Court denies access to arguments to demonstrate the violation of article no. 76 of the Constitution (J.F.).

**ALESSANDRO ROSARIO RIZZA**

The Constitutional Court, judge and part between doctrine and reconstructive proposals

The paper concerns the active and passive legitimacy of the Constitutional Court in the attribution conflict. The author presents the theories proposed in the literature and the position of the Court. After, he explains the cases in which the Constitutional Court can complain about the violation of its constitutional attribution. The author writes

about the respect for the right to a third and impartial judge and he offers a solution to this problem. The main problem is the passive legitimacy of the Court and concerns the relationship between the conflict (Article 134 of the Constitution) and the prohibition of revision of the *res iudicata* (Article 137 of the Constitution).

The author reconstructs the negative position of jurisprudence and majority doctrine. After, he proposes a reconstruction based on the hierarchical principle of constitutional rights: in particular, the hierarchical "specialty" or "superiority" of art. 24 and 134 Cost. on art. 137 Cost. (A.R.R.)

#### **COSIMO LOTTA**

##### **First observations on the relationship between the crime of "Illicit distribution of sexually explicit images or videos" and the freedoms of correspondence and manifestation of thought**

First observations on the relationship between the crime of "Illicit distribution of sexually explicit images or videos" and the freedoms of correspondence and manifestation of thought

The article examines the crime of "illicit dissemination of sexually explicit images or videos" in the context of the so-called draft law "Red Code", focusing on the inadequacy of the current legislation aimed at repressing it.

#### **CRISTINA LUZZI**

##### **Il "caso Ilva" nel dialogo tra le Corti (osservazioni a margine della sentenza Cordella e altri c. Italia della Corte EDU)**

The "Ilva case" in the dialogue between the Courts (remarks on the Cordella judgment and others v. Italy of the EDU Court)

With the judgment Cordella and Others v. Italy, the European Court of Human Rights has decided that the persistence of a situation of environmental pollution affects the health of the applicants who are living or have lived in Taranto and in the closer areas, classified as "high environmental risk".

The failure of the Italian authorities to take all the necessary measures to protect the applicant's health, and to inform them about the pollution from Ilva, has breached first of all the Article 8 of the European Convention of Human Rights (right to respect for private and family life).

Despite several scientific reports, which demonstrate the connection between the outbreak of diseases and the activity of Ilva, the Court has not recognised the violation of the Article 2 of the ECHR (right to life), with the same self-restraint used by the Italian Constitutional Court in the Ilva Case (C.L.)

#### **ANTONIO RUGGERI**

##### **Notes for a study on Memory and the Constitution**

This work highlights the importance of memory in institutional practices and, even before, in the advent of the same Constitution as a historical memory and basis to build a new republican order. The analysis dwells, in particular, on the laws made "to remember" and on those made "to forget", as well as on the cases in which science is not able to deliver widely shared knowledge, thus being left to the legislator to impose a normative memory in place of a scientific one. Special attention is then paid to the relationship between memory and dignity. Sometimes, the former serves the latter; other times, memory may even offend dignity. Some brief final remarks follows, focusing on the crisis of memory as a cultural crisis, on its most salient expressions and on possible remedies.

#### **ALESSANDRO MORELLI**

##### **Il principio personalista nell'era dei populismi**

The paper examines the personalist principle in the current Italian constitutional order, in the light of the rise of populism. After analyzing the content of this principle, which places the human person at the center of the system of public authorities, the Author examines the incompatibility of the same with the reductionism of contemporary populist movements.

#### **PAOLO CARNEVALE**

##### **Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale**

The contribution concerns the decision-making technique used in [decision no. 207 of 2018](#), whose main novelty is the choice to accompany the postponement of the discussion over time with a motivation that testifies that the solution is actually ready. The author therefore asks if and to what extent the adoption of the new decision-making method falls within the availability of the constitutional judge to conclude that it does not seem to find a significant deviation from the procedural forms, but rather the Court's attempt to adapt the procedural rules relating to values constitutional at stake. Furthermore, the attitude of the constitutional judge seems to follow the tendency to make increasingly projected decisions on the events of the trial in the main proceedings.

**CARLO PADULA**

**Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza**

*The paper analyzes the decisions of the Constitutional court 194/2019 and 195/2019, which have decided the complaints undertaken by five regions against the “security decree” (d.l. 113/2018). The article focuses above all on the topic of indirect injury of competence (“ridondanza”), that is the standing of the regions to invoke - in the direct constitutional judgment - constitutional rules unrelated to the division of competence. In these decisions, in fact, the Court has affirmed the possibility of indirect injury of competence in State exclusive (non-transverse) subjects.*

**ANTONIO RUGGERI**

**La crisi del I Governo Conte e la rivincita della democrazia rappresentativa sulla pseudo-democrazia diretta delle piazze e del web**

*The crisis of the first Conte Government and the revenge of representative democracy on the direct pseudo-democracy of the squares and the web*

*The paper highlights the most important aspects of the crisis of the first Conte Government, starting from the one concerning the renewed attention to the rules of parliamentary democracy that the President of the Conte Council took care to lend. Therefore, some controversial theoretical questions are taken up again, both in political circles and among scholars, including the question whether, following the opening of the crisis, the early dissolution of the Houses should take place immediately, or if priority should be given to the attempt to give life to a Government supported by the confidence of the parliamentary majority. A consideration is therefore made to the changed political-institutional role that seems to emerge for the President of the Council G. Conte in the passage from the first to the second Government presided by him. The work ends with a brief reflection on the relationship between direct pseudo-democracy and representative democracy and on the future of the constitutional state.*

**CRISTINA NAPOLI**

**La Corte costituzionale interviene sul rapporto tra vertice politico e vertice amministrativo dell'ente locale. Una nuova forma di “bicefalismo” per i segretari comunali e provinciali?**

*The Constitutional Court rules about the relationship between the political chief and the top of the administration of local authorities. A new form of “bicephalism” for municipal and provincial secretaries?*

*The article analyzes the Italian Constitutional Court’s decision n. 23 of 2019 which dismissed the question of constitutionality of the normative provision that links the duration of the office of municipal and provincial secretary to the administrative mandate of the mayor or of the president of the Province. In particular, starting from the cornerstones on which the discipline of public management is based in Italy and from the consolidated constitutional precedents about “spoils system”, some critical remarks are proposed with regard to the motivation that led to the rejection of the question of constitutionality and to the type of decision adopted by the Constitutional Court.*

**FILIPPO VARI**

**Costituzione e fine vita. Riflessioni alla luce dell’insegnamento di Antonio Ruggeri**

*Constitution and Euthanasia. Critical Considerations in the Light of Antonio Ruggeri’s Teaching.*

*The article deals with a possible introduction of euthanasia in the Italian legal order from a constitutional point of view, coming to the conclusion that it would conflict with several constitutional provisions. The various arguments that are usually put forward to object this thesis are reviewed one by one and refuted with particular regard to the teaching of Antonio Ruggeri, in honour of whom the essay was written.*

*The author analyzes in particular how the Constitution imposes limits on the principle of self-determination such as the right to life, which – like other fundamental rights cannot be renounced – and the duty to contribute to the material and spiritual progress of society, as outlined by its art. 4. Furthermore, it shows why the legalization of euthanasia does not derive from the principles of equality and human dignity, unlike what had been suggested by the Italian Constitutional Court in the case *DJ Fabo/Cappato* ([decision n. 397 of 2018](#)) (F.V.)*

**DOMENICO ARGONDIZZO – FELICE BESOSTRI – GIAMPIERO BUONOMO**

**Su alcune ragioni dell’evoluzione costituzionale nei Parlamenti operanti per sessioni**

*A metahistorical comparison between the living British system and the Italian Kingdom Parliamentary system, in the first post-war period, reinforces the thesis that the House of Commons can legitimately still be master of a part of their own agenda and of the totality of their calendar even in the period of prorogation of the session.*

*In the two-year period 1920-1922, the Parliament of the Kingdom of Italy conquered, thanks to a socialist initiative, the power to decide on its recalling, and the organization of legislative activity through permanent commissions. It was a significant achievement: in the session of the Council of the regulation of July 31, 1920, the socialist MP Modigliani*

even spoke of a coup d'état, in the event that the right to prorogue or close the session was exercised immediately after Parliament had recalled itself. Even then closing the session had the effect not only of suspending, but of ending all pending matters, cancelling all work not completed; stopping all the offices including the Presidency. If a member of the opposition had succeeded in passing a proposal contrary to the Government views, or a project dissatisfied a part of the majority, the Cabinet should only close the session and the Ministry was removed from all embarrassment. For this reason, the Parliamentary power to recall itself was the frontier between the democratic evolution of the form of government and the Fascist reaction.

The Northern Ireland Executive Formation Act 2019, subsection 3 and 4 effectively grants the British Parliament the power to recall itself under the Meeting of Parliament Act 1797. If it is true that the self-recalling is exercisable lawfully within the session and not during a prorogation, it is clearly evident that the government cannot lawfully prorogue Parliament when it is self-recalled. The major thesis that Parliament - the seat of democratic sovereignty - should prevail over Government in constitutional conflicts, with the Queen neutral, remains unprejudiced (Andrea Pisauro).

### **ORESTE POLLICINO**

#### **Corti costituzionali e migrazione di "idee costituzionali" da occidente a oriente. La bussola e una metafora.**

The paper, starting from the consideration of the invaluable contribution of the scientific contribution of prof. Ruggeri on the subject of inter-ordinal relations, a veritable compass indispensable for orienting oneself in increasingly thick plots of interaction and conflict, focuses on "horizontal migration of constitutional ideas". In particular, the essay focuses on the special responsibility that, by making a parallel with antitrust law, could weigh, in this regard, on the most authoritative and persuasive Western Courts (O.P.)

### **ELEONORA RINALDI**

#### **Le vacillanti colonne d'Ercole dell'autodichia e i paradossi dell'antipolitica: tra volontà di "fare giustizia" dei privilegi dei parlamentari, ingiustificate disparità di trattamento e collocazione dei regolamenti parlamentari nel sistema delle fonti**

On the basis of two recent judgments of the United Sections of the Court of Cassation, this commentary tries to analyse the fundamental stages of constitutional jurisprudence on the subject of judicial review of parliamentary rules, and tries to point out in what way the resolution of such issue will affect the balance between independence of Parliament and protection of the rights of the individual.

As the Constitutional Court has stated, there cannot be a judicial review on parliamentary rules; as a consequence of that, the mean to make sure there is a fair balance between the two abovementioned opposed interests (independence of Parliament and protection of the rights of the individual) is the conflict of powers.

The commentary then analyses the extension of such control and its effectiveness in relation to the protection of the right of defense of the individual.

The recent issue with the pensions of former members of Parliament is taken into account, too; in fact, such issue makes clear that sacrificing the rigidity and inflexibility of the Constitution may involve serious consequences, both immediately and in the longer term (E.R.).

### **ANTONIO RUGGERI**

#### **Una corsia preferenziale, dopo la 269 del 2017, per i giudizi di "costituzionalità-eurounitarità"**

The study states that some theoretical-practical problems produced by the decision of the Constitutional Court n. 269 of 2017 would find an optimal resolution in the combination of the remedies of non-application and the annulment of the norms contrary to the supranational standard.

An even better solution would be the forecast - preferably by law and, alternatively, with an act of self-regulation by the Constitutional Court - of an accelerated path before the Constitutional Court itself, so that the shortest possible time passes between the two remedies and satisfies the expectations of all the judges and those who turn to them for justice.

### **GIUSEPPE LANEVE**

#### **Pluralismo e Limite (al potere e per l'altro): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo**

A true interdisciplinary engagement between public law and other humanistic sciences (as history, philosophy, sociology, pedagogy etc.) is necessary to counter the worldwide crisis, that is also democracy crisis, as the arise of populism shows. Human being must be addressed to a new educational challenge that involves culture. On this level, constitutionalism and constitution still play a fundamental role. From this perspective, the aim of this essay is to focus on the concept of limit, in its double meaning - as limit to power and as limit to recognize the other person as a value. The concept of limit, strictly related to pluralism, is a key concept of constitutionalism and of Italian Constitution that must be deeply rooted in culture.

**ANTONIO RUGGERI**

**Conflitti tra norme eurounitarie e norme interne, tecniche giurisprudenziali di risoluzione, aporie teoriche di costruzione**

*The document highlights the difficulties with which the antinomies between Union rules and internal rules are resolved in the light of the jurisprudence opened by [the decision of the Constitutional Court, n. 269 of 2017](#). In particular, it is noted that the decision-making technique for the non-application of national rules seems to refer to the system of their irrelevance in the case, while the cancellation to that of invalidity. Curious is that the article no. 11 of the Constitution would seem at the same time to require the adoption of both of the aforementioned techniques.*

*The thesis in favor of the precedence of the "community" prejudice over the constitutional one is therefore affirmed and the lack of a "Europaklausel" is indicated as the cause of the difficulties mentioned above. With reference to the Nice-Strasbourg Charter and the ECHR, there are further difficulties in the jurisprudential orientation.*

*In conclusion, it is considered appropriate an adjustments of this jurisprudential approach and it is hoped in the introduction of a new legislative discipline of the aforementioned antinomies.*

**LARA TRUCCO**

**La richiesta referendaria regionale in materia elettorale (vista dalla Liguria)**

*The paper examines the contents of the referendum proposal presented by the Liguria Region with other regions whose question is aimed at repealing the proportional part of the electoral system for political elections, with the aim of getting a system entirely based on single-member constituencies remain.*

*Specifically, attention is focused in the first part on the admissibility of the question by the Constitutional Court and, in the second part, on the features of the resulting legislation, in the awareness of the fluidity of the situation and, therefore, of the uncertainty to which the related analysis is subject.*

**ANTONIO RUGGERI**

**Constitution, fight against corruption, "good governance"**

*The paper notes that corruption is one of the most salient manifestations of the crisis of political representatives and, even more profoundly, of the subjects represented, with immediate and negative repercussions on the republican public ethics recognized by the Constitutional Charter. Therefore, some widespread misconceptions about the notion of "good governance" are highlighted, which requires a revision from the point of view of the Constitution and its values. Finally, possible remedies are sought for the failures caused by corruption in the legislative and, above all, cultural plan.*

**LARA TRUCCO**

**Antonio Ruggeri e la tensione inappagabile verso la Corte e le Carte**

*The paper takes cue from some of the innumerable studies published in [Consulta OnLine](#) with the aim to underline, from different perspectives, the unattainable ideal tension of Antonio Ruggeri for the protection and the affirmation of the Fundamental Rights and Freedom by the judges and the Constitutional Court.*

**GESSICA VERONICA GOLIA**

**Quando "la prigione è un'ingiustizia, la libertà un pericolo": la detenzione domiciliare per i detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta**

*When «prison is an injustice, freedom a danger»: home detention for prisoners suffering from supervening mental infirmity*

*The article examines the Italian Constitutional Court's [decision n. 99/2019](#) which extended the applicability of "humanitarian" or "derogating" house arrest referred to art. 47-ter (1-ter) of Law no. 354 of 26 July 1975 (Norms regulating the penitentiary system and the enforcement of measures involving deprivation and limitation of freedom) even in the event of prisoners suffering from serious mental illness.*

*In fact, at present, as a result of the abolition of OPGs (Judicial Psychiatric Hospitals), mentally ill offenders sentenced to prison, cannot rely on the care they need. Indeed, on the one hand, the recent REMS (Residences for the Execution of Security Measures) are only intended to insane offenders judged to be not-imputable and subjected to a custodial security measure; on the other hand, there is no precise legislation to establish the incompatibility between prison regime and mental health, and it is not possible to apply for an alternative to imprisonment aimed at therapeutic purposes. This legal framework causes a very serious violation of protection of health, that has both constitutional as well as human right worth: thus, these prisoners are subjected to inhuman and degrading treatments in breach of the article 3 of the ECHR.*



*The commented decision allows to fill much of the gap in protection of detainees with psychiatric disorders, but, nevertheless, there are still unsolved problems, with regard to the access and execution of this peculiar kind of home arrest. Especially, it appears necessary to reconsider the highly problematic concept of social dangerousness.*

**ANTONIO RUGGERI**

Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale

*The paper preliminarily questions the characteristics of constitutional interpretation, in particular when it refers to statements concerning fundamental rights. The theoretical aporias of the way in which the interpretation of the laws according to the Constitution is commonly understood are emphasized and it is noted that the first conforming interpretation takes place within the Constitutional Charter itself, pushing interpretation of the remaining declarations towards expressive declarations of fundamental principles. Then follows the study of the relations between the Constitution and the other charters of rights, critically examining the way in which they are reconstructed by constitutional jurisprudence. Finally, the remedies and the resources to contain the risk of judicial authoritarianism according to the occasions are indicated, in particular through inter-jurisprudential dialogue, the formation of judicial customs and the judicious use of the fundamental canon of maximization of the protection of rights.*

**MARCO GALDI**

Il limite del doppio mandato e la “democrazia dei cittadini” (riflessioni a margine di Corte cost. sent. 10 luglio 2019, n. 173)

*The limit of the double mandate and the “democracy of the citizens” (reflections on the sidelines of the Constitutional Court ruling 10 July 2019, n. 173)*

*Two recent events drew to public attention the question of the double mandate term limits: by decision n. 173 of 10 July 2019, the Constitutional Court judged on the compliance with the Constitution of the prohibition for the members of the councils of forensic district orders, who had already carried out two mandates, to run for office again; almost at the same time, a debate was held within the Cinque Stelle about the overcoming prohibition for the Movement elected members to run for even after their second mandate. This study notes that the limit of the second mandate, in all its various applications, finds a minimum common denominator, as for the constitutional basis of the legislative choice, in the need to ensure equality in the chances to hold public offices (art. 51 of the Constitution.); while only sometimes it is functional to ensure “free” vote (article 48, paragraph 2, of the Constitution) i.e. the same requirements underlying the recent anti-corruption policies (first and foremost the protection of impartiality and the good performance of the public administration according to article 97, paragraph 2 of the Constitution). As for the case of the Cinque Stelle, which evidently materializes in a self-limitation entirely internal to the movement, the institution has, instead, an essentially ideological matrix, which has its roots in the Jacobin concepts in late '700. The issue of the mandates limit, however, is illuminated by a different light after the latest constitutional reform, reducing the number of Members: if on the one hand, it could in fact justify the introduction of the limit in the Constitution, on the other it requires without exception parties, whose internal democratic structure is guaranteed by the general system.*

**MARCO RUOTOLO**

L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?

*Does the interpretation according to the Constitution cam back to home?*

*The study takes up the theme of interpretation according to the Constitution, questioning the relative problems. However, at the beginning, the document expresses objections on both the theses: that the letter of the law always prevails to limit the interpretative power of the judges and that invites the judge to do it alone, preferring an intermediate position. An excursus deals with the evolution of the canon of interpretation according to the Constitution in constitutional jurisprudence, taking up the thesis of Vezio Crisafulli. Finally, the contribution examines the interpretation according to the Constitution used by the President of the Republic.*

**ANTONIO RUGGERI**

La “specializzazione” dell'autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte

*The “specialisation” of the regional autonomy: the (few) firm points of the constitutional model and the (many) open questions*

*The essay outlines the ratio of the article 116 paragraph 3 of the Constitution and highlights the few firm points of the constitutional model. The paper discusses many issues which are currently at the center of the debate and, from a formal point of view, examines the modifiability of the proposal of the law that transposes the agreement related at the article 8 paragraph 3 of the Constitution. Under the substantive aspect it highlights the need of a flexible and experimental agreement. Finally, the questioning concerns the consequences which the “specialisation” are able to have both on the state and regional government and on the special regions.*

**ALESSANDRO MORELLI**

**L'autonomia delle confessioni religiose tra legislazione e giurisdizione**

*The paper examines the autonomy of religious confessions and, in particular, focuses on the nature of these social formations and the limits to their statutory autonomy. The purpose of the work is to define the boundaries of the legislator and those of the judge in the regulation of this matter and in the resolution of conflicts that may arise regarding the exercise of religious freedom in a collective form.*

**ANTONIO RUGGERI**

**Rischi d'involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia**

*Risks of authoritarian involution and supranational integration as a guarantee of democracy*

*The essay previously wonders how we can establish the level of democracy achieved in a determined legal order. Therefore, it should be noted that the perspective from which democracy should be observed concerns the fundamental rights and the constitutional duties. It also relates the illusory character of the (pseudo) direct democracy and the necessity to preserve the representative democracy as a condition of democracy tout court. Finally, it is argued the thesis that the membership of the European Union is a guarantee of democracy and a growth factor for the rights in face to the rampant nationalism and populism*

**ROBERTO ROMBOLI**

**Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po'). In dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della "doppia pregiudizialità"**

*Dear Antonio, I'm writing to you (so I get a little distracted). In dialogue with "Ruggeripensiero" about the "double preliminary ruling"*

*The paper, after considering the vast scientific production of Antonio Ruggeri, focuses the attention on the problems generated by the decision of the Constitutional Court no. [269/2017](#) concerning the "double preliminary ruling". It analyzes both, the problematic aspects - in particular, in the light of the predictable scenarios in the relations between common judges, the Constitutional Court and the Court of Justice - and the possible solutions.*

**ANTONIO RUGGERI**

**Tre minime notazioni in tema di norme non scritte di rilievo costituzionale**

*Three minimal annotations on the subject of unwritten constitutional rules*

*The short paper focuses on a series of controversial issues (constitutional conventions, customary meta-rules and interrelations between legal systems in the perspective of unwritten rules), in the perspective to carry out a more detailed study about this issue.*

**CRISTINA LEVORATO**

**Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità**

*Legal aspects of human dignity in the perspective of disabled people*

*This work highlights the difficulties to define the legal idea of dignity because this is more of a philosophical and theological idea, rather than a legal one. Dignity is a flexible idea, the outcome of a process.*

*Dignity is the highest and most universal value. It is a basic value of the Italian Constitution and several international regulations.*

*In particular, this work analyses the legal aspects of dignity in the disability field. The purpose is to examine whether the dignity of people with disability is guaranteed or not*

*Much progress has already been made but in many different circumstances disabled people are still denied their rights.*

*The recommended solution is a greater participation of disabled people in the society. The human being and his rights should be back at the focus of jurists' work.*

*Disability only needs a few rules, albeit clear ones. The challenge is to excise the mess from the law. This daunting task is set to be unachievable, unless rules going hand in hand with the needs and values of everybody are to be created (C.L).*

**ANTONIO RUGGERI**

**Caro Roberto, provo a risponderti sulla "doppia pregiudizialità" (così mi distraigo un po' anch'io...)**

*Dear Roberto, I'm going to try to answer you about the "preliminary double ruling" (so I get distracted a little, me too)*

*The paper, as reply to a recently Roberto Romboli's paper published in this Revue, underlines the need to deal with the issue of "double prejudice" both from the point of view of those who recognize themselves in the approach of the Constitutional Court and of those which, to a greater or lesser extent, deviate from it. The aim is to give a reflection about the more suitable technical solutions for the purpose.*

**GIOVANNI TULUMELLO**

**L'evoluzione della causa del provvedimento amministrativo di scelta del contraente, e le sue principali conseguenze ordinarie: l'influsso del diritto UE sulla disciplina, sostanziale e processuale, dei contratti della pubblica amministrazione (anche a margine di Corte cost., n. 271/2019)**

*The evolution of the cause of the administrative decision in the choice of the contractor and its main regulatory consequences: the EU law influence on the substantive and procedural regulation of the public administration contracts (also in the margins of the [Constitutional Court decision n. 271/2019](#))*

*The paper aims to examine the main effects, in the field of public administration contracts, of adaptation to the law of the European Union: in particular, the change in the interest behind this kind of legislation (from the accounting approach, typical of the liberal State, to the competitive one). In terms of substantive law, this influence seems to manifest itself both in relation to the legislative competence, and with regard to the administrative choice of the contractor, with the inevitable and consequent repercussions on the downstream negotiation affair. In the procedural field the phenomenon points out significant oscillations between the centrality of the validity rules with respect to those of responsibility and, above all, a difficult dialogue between the national and the European jurisprudence concerning the interest in bringing proceedings and on the consequent model of procedural protection. The analysis contained in [the decision n. 271/2019 of the Constitutional Court](#) about this aspect, seems to open a new dialectical front towards the jurisprudence of the Court of Justice..*

**ANTONIO RUGGERI**

**Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie**

*Judicial and political law: open questions and precarious solutions*

*The paper investigates the relationship between jurisprudential and political law in general (the legislative one, in particular). It points out that one of the most effective resources to safeguard legal certainty is given by the accordance of the jurisprudential judgments to the previous ones. At the same time, another element of stabilization and renewal of the jurisprudential orientations is given by the s.c. "Dialogue" between the high Courts. Finally, the study highlights the implications towards the Constitution theory by the relationships between jurisprudential law and political law.*

**SILVIA TALINI**

**Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale**

*Absolute presumptions and lack of collaborative behavior: a new additive decision of the Constitutional Court*

*This paper proposes critical reflections on the [sentence of the Italian Constitutional Court no. 253/2019](#). The work starts with an analysis of the recent constitutional case law in the matter of rehabilitation through punishment; the author observes that constitutional judges, with the sentence [no. 253](#), have declared the illegitimacy of article 4-bis, 1 paragraph, p.a. (Prison Act), changing "legislative presumption" from absolute to relative. In this way the judge can assess the characteristics of the specific case even in the absence of the collaboration with the justice. However the author notes that it was not a simple decision due to the different requests coming from the Italian political forces and from the European Court of Human Rights.*

**JAMES MITCHELL**

**A tale of two elections**

*The article focuses on the results of the 2019 United Kingdom general election, paying particular attention to the implications for Brexit and the Scottish Question.*

**ANTONELLO LO CALZO**

**Illeciti e sanzioni disciplinari del magistrato tra automatismi legislativi e recenti interventi della Corte costituzionale**

*Offenses and disciplinary sanctions of the judge between “legislative automatisms” and recent decisions by the Constitutional Court*

*The Italian Constitutional Court has often ruled on the constitutionality of the “legislative automatisms”. In particular, this paper focuses on a particular type of “sanctioning automatisms”, concerning the disciplinary accountability of the judge, with respect to which, in recent years, the Constitutional Court followed in its judgments different solutions (on all judgments [no. 170/2015](#) and [no. 197/2018](#)).*

**PAOLO PASSAGLIA**

**Un (sommario) inquadramento comparatistico della disciplina della prostituzione**

*A (essential) comparative framework*

*The article analyzes the models of regulation of sex work. Going back to the origins of contemporary regulations (the 18th and the beginning of the 19th Century), it identifies three historical models: legalization, prohibition, and abolition. Recent developments of legal frameworks created new models, that are actually new approaches to legalization and to abolition. The new legalization model tends to eradicate social blame for sex workers, whereas the new-abolitionism explicitly defines sex workers as victims.*

**VINCENZO SCIARABBA**

**La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e la Corte costituzionale**

*The paper focuses on the use of the Charter of Fundamental Rights of the European Union by the Constitutional Court, paying particular attention to [the judgment n. 269/2017](#) and to the various and very important underlying issues, thus supporting the need for the construction, on a shared basis, of a single criterion for all the Member States (although flexible and sophisticated), which makes it possible to identify that restricted set of situations in which the common judges should necessarily refer to the Court of Justice for the interpretation of the Charter, thus ensuring that it plays a central role at European level, and not only at national level.*

## LIBRI, RECENSIONI E PREFAZIONI

**ANTONIO RUGGERI**

**Prefazione**

*Preface to Roberto Conti, “Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e ‘congedo dalla vita’ dopo la L. 219/2017”, Aracne Editore, 2019, pp. 159, ISBN: 978-88-255-2450-5*

*Antonio Ruggeri offers the reader a complete vision of the Roberto Conti’s book dedicated to questions concerning the “Choices of life and death”. Ruggeri stresses the need for an approach to the delicate issues of consent and self-determination addressed by Italian law n. 219/2017 that takes on the different roles that the legislator, the judges, the doctors and the patients, hoping that these protagonists are however all faithful to ethics and science when dealing with the dignity of the person (R.C.).*

2019